

L'ARTICLE 123 DE LA LOI MUNICIPALE ET LA PROTECTION DES CONTRIBUABLES COMMUNAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Mercredi 25 Janvier 1939, à 14 heures

PAR

G. BONNET-SAINT-GEORGES

Président de Thèse : M. A. GUILLOIS, professeur.

Suffragants : { MM. BLONDEL, professeur.
 BURDEAU, professeur.



PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^e et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^e)

1939

Tous droits réservés

**L'article 123 de la loi municipale
et la protection des contribuables communaux**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

L'ARTICLE 123 DE LA LOI MUNICIPALE ET LA PROTECTION DES CONTRIBUABLES COMMUNAUX

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Mercredi 25 Janvier 1939, à 14 heures

PAR

G. BONNET-SAINT-GEORGES

Président de Thèse : M. A. GUILLOIS, professeur.

Suffragants : { MM. BLONDEL, professeur.
 BURDEAU, professeur.



PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et Ancienne Librairie F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1939

Tous droits réservés

LISTE DES MEMBRES DE LA FACULTE

MM.

P. LOUIS-LUCAS, Doyen, Professeur de droit civil.
M. DESSERTAUX, Assesseur, Professeur de droit civil.
R. JAPIOT, Professeur de droit commercial.
A. GUILLOIS, Professeur de droit administratif.
P. HUGUENEY, Professeur de droit criminel.
F. DUMONT, Professeur de droit romain.
G. CHEVRIER, Professeur d'histoire du droit.
A. BLONDEL, Professeur de droit international public.
J. PAOLI, Professeur de droit romain.
G. BURDEAU, Professeur de droit public.
A. MARCHAL, Professeur d'économie politique.
A. GROUBER, Professeur de droit privé.
J. FLOUR, Agrégé de droit privé.
H. GUITTON, Agrégé d'économie politique.
O. WORMSER, Chargé de cours d'économie politique.
P. GIGOUT, Chargé de cours de capacité.

Professeurs et Doyens honoraires :

MM. M. DESLANDRES, M. VIGNES

Doyen honoraire : M. A. GUILLOIS

Secrétaire : M. H. VIAN



« Tout contribuable inscrit au rôle de la commune a
« le droit d'exercer, tant en demandant qu'en défen-
« dant, à ses frais et risques, avec l'autorisation du
« conseil de préfecture, les actions qu'il croit appar-
« tenir à la commune ou section, et que celle-ci,
« préalablement appelée à en délibérer, a refusé ou
« négligé d'exercer.

« Le contribuable adresse au Conseil de Préfec-
« ture un mémoire détaillé dont il lui est délivré ré-
« cépissé. Le préfet transmet immédiatement ce mé-
« moire au maire, en l'invitant à le soumettre au
« conseil municipal, spécialement convoqué à cet
« effet ; le délai de convocation peut être abrégé.

« La décision du conseil de préfecture doit être ren-
« due dans le délai de deux mois, à dater du dépôt de
« la demande en autorisation. Toute décision portant
« refus d'autorisation doit être motivée.

« Si le conseil de préfecture ne statue pas dans le
« délai de deux mois, ou si l'autorisation est refusée,
« le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil
« d'Etat.

« Le pourvoi est introduit et jugé selon la forme
« administrative. Il doit, à peine de déchéance, être
« formé dans le mois qui suit soit l'expiration du dé-
« lai imparti au conseil de préfecture pour statuer,
« soit la notification de l'arrêté portant refus.

« Il doit être statué sur le pourvoi dans le délai de

« deux mois à partir du jour de son enregistrement
« au secrétariat général du Conseil d'Etat. Le conseil
« de préfecture ou le Conseil d'Etat peuvent, s'ils ac-
« cordent l'autorisation, en subordonner l'effet à la
« consignation préalable des frais d'instance et ils
« fixent, en ce cas, la somme à consigner.

« La commune ou section est mise en cause, et la
« décision qui intervient a effet à son égard.

« Après tout jugement intervenu, le contribuable
« ne peut se pourvoir en appel ou en cassation qu'en
« vertu d'une nouvelle autorisation. »

(Loi du 5 avril 1884, article 123, modifiée par la loi
du 8 janvier 1905.)

L'article 123 de la loi municipale et la protection des contribuables communaux

Introduction

La loi du 5 avril 1884 sur l'organisation municipale en France a donné lieu à d'innombrables travaux qui ont commenté, développé et expliqué la plupart de ses articles. Pourtant il n'existe pas d'étude spécialement consacrée à l'examen de l'article 123. Cet oubli peut s'expliquer par l'intérêt relativement faible qu'il présente s'il est étudié sous l'angle exclusif que lui donnaient ses premiers rédacteurs: la possibilité pour certains contribuables d'exercer en justice les actions communales.

Mais du jour où les impositions et taxes des communes ont pris une ampleur qui ne fait d'ailleurs que s'accroître et devenir plus lourde à supporter, l'article 123 a retrouvé un nouvel et réel intérêt car il donne aux contribuables le moyen de se protéger, dans une certaine mesure, contre les excès de cette fiscalité. Aujourd'hui, il trouve même dans cette application sa principale raison d'être.

C'est donc en fonction de la protection des contribuables communaux que nous examinerons les origines pratiques de l'article 123, sa consistance et sa

valeur. Après avoir étudié ces trois parties, nous pourrons, pour conclure, analyser sa nature juridique et la place qu'il occupe dans l'évolution de notre droit public vers la collaboration des particuliers avec l'Etat.

PREMIERE PARTIE

**LES ORIGINES PRAGMATIQUES
ET LES ANTECEDENTS HISTORIQUES
DE L'INSTITUTION**

CHAPITRE PREMIER

Les intérêts qui s'attachent à l'exercice opportun des actions communales

Au même titre que la gestion des biens communaux, l'exécution des travaux publics, le fonctionnement des services municipaux, ou l'établissement du budget, l'administration d'une Commune comporte la direction d'un contentieux.

En effet, les motifs qui donnent naissance à des instances judiciaires se rencontrent très fréquemment. Que ce soit à l'occasion de la gestion de ses biens, à la suite de l'exécution de contrats ou à propos de la marche de ses services publics, la Commune peut être amenée à faire valoir ou à défendre ses droits devant les Tribunaux compétents, comme elle peut être poursuivie pour ne pas remplir ses obligations.

L'ensemble de ces procès constitue le contentieux communal — véritable vie juridique de la Commune. Il est soumis au Conseil municipal qui, par ses délibérations, le dirige comme il dispose des autres affaires.

La bonne administration exige que l'Assemblée

municipale apporte un grand soin au règlement de toutes les questions qu'elle traite. Mais parmi celles-ci l'examen de ce contentieux demande peut-être encore plus d'attention en raison des intérêts en jeu et des conséquences éventuelles de l'issue d'un procès.

Si donc tous les administrés doivent être assurés que la Commune saura plaider à bon escient, intenter ou soutenir les actions qui lui appartiennent en toute connaissance de cause, certains d'entre eux seront beaucoup plus intéressés à l'exercice opportun et satisfaisant de ces actions. Ce sont justement ceux qui, en plus de leurs qualités d'administré — partagée par tous leurs concitoyens — représentent les intérêts qui risquent d'être particulièrement lésés par l'attitude de la Commune.

Nous retenons parmi ces intérêts ceux de certains gros contribuables et ceux des usagers des services publics communaux concédés. Ils méritent un examen détaillé.

SECTION I

LES INTERETS PARTICULIERS DE CERTAINS GROS CONTRIBUABLES COMMUNAUX

Certains gros contribuables communaux plus sévèrement imposés peuvent être lésés d'une manière toute spéciale par l'inertie de la Commune ou l'exercice maladroit et inopportun d'une action communale.

Il existe en effet presque toujours une opposition entre l'ensemble des électeurs représenté par le Conseil municipal et les gros contribuables contraints d'apporter à la collectivité des ressources dont elle dispose au gré de sa majorité. Il y a un antagonisme d'intérêts entre celui qui paie, celui qui fait payer et celui à qui l'on paie.

Le cas se rencontre fréquemment dans les petites communes qui ne sont guère qu'une agglomération de fermiers et de petits cultivateurs autour d'un châtelain et de quelques gros propriétaires. Le Conseil municipal sera tenté de laisser périliter les droits de la collectivité s'ils appartiennent pour la plus grande part à ces derniers ; au contraire, il n'hésitera pas à engager un procès même sans profit pour la Commune, s'il peut pour quelque raison leur porter préjudice ⁽¹⁾.

Il en est de même pour les contribuables qui ne sont pas électeurs dans la Commune, pour les mineurs ou les femmes assujettis aux impôts locaux. Cette catégorie d'administrés n'a même pas la consolation de bénéficier de la fiction voulant que les contribuables soient censés avoir pris eux-mêmes, par l'intermédiaire de leurs élus, les décisions qui les atteignent !

Ces contribuables ont donc, il est bien certain, un intérêt indéniable à l'exercice opportun des actions de la Commune. Leur sort ne nous retiendra pourtant

(1) Il est vrai que les contribuables les plus imposés critiqueront toutes les initiatives du Conseil Municipal se traduisant par une augmentation d'impôts.

pas ⁽²⁾, nous nous attacherons à des intérêts plus pratiques, plus généraux, ceux des usagers des services municipaux.

SECTION II

LES INTERETS GENERAUX DES USAGERS DES SERVICES PUBLICS COMMUNAUX CONCEDES.

Les Communes, le plus souvent, concèdent leurs services publics, notamment les services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité, à de puissants concessionnaires.

Peuvent-elles contraindre ces derniers à respecter leurs obligations ?

Les usagers, nombreux mais dispersés de ces services publics communaux concédés, peuvent-ils agir en dehors de l'autorité concédante ?

Ces deux questions nous retiendront successivement.

1° LA COMMUNE PEUT-ELLE DÉFENDRE LES INTÉRÊTS PARTICULIERS ET GÉNÉRAUX DES USAGERS ?

Pour contraindre ses concessionnaires à respecter leurs obligations, l'Etat dispose de sanctions efficaces.

(2) A plusieurs reprises le législateur a très bien compris qu'il était nécessaire de pourvoir à la défense de ces contribuables. Citons entre autres l'article 42 de la loi du 18 juillet 1837 appelant dans les communes dont les revenus sont inférieurs à 100.000 fr. les contribuables les plus imposés à délibérer avec le Conseil Municipal.

Les mêmes armes appartiennent à la Commune à l'encontre des siens. Elle usera, suivant les cas, de la saisie des revenus, du séquestre ou de la déchéance.

Elle saisira les revenus de l'entreprise de services publics pour entretenir les ouvrages et le matériel lorsque le concessionnaire néglige de le faire.

Elle mettra l'entreprise sous séquestre pour l'exploiter en régie.

Elle invoquera la déchéance du concessionnaire, soit directement, pour sanctionner l'inexécution du cahier des charges, soit comme conséquence du séquestre si, dans les trois mois, l'entreprise n'est pas en mesure de reprendre l'exploitation.

Le cahier des charges prévoit en général ces pénalités et peut alors réserver à la Commune le droit de les prononcer. Elle le fera, à ses risques et périls, par la voie de la décision exécutoire. Mais si cette décision (et spécialement la décision de déchéance) est ultérieurement reconnue mal fondée par le juge, celui-ci pourra l'annuler, et allouer au concessionnaire, à raison du préjudice causé, une indemnité.

Lorsque le cahier des charges ne réserve pas à la Commune le droit de prononcer ces peines, le juge seul est compétent pour le faire. Le Conseil d'Etat, posant autrefois le principe de la rigidité du cahier des charges, s'interdisait de prononcer d'autres peines que celles prévues dans ce dernier. Il abandonne en partie aujourd'hui ce principe et remplace par une condamnation à des dommages-intérêts les sanctions contractuelles qui compromettent toujours la bonne

marche du service (3). Encore faut-il distinguer si la Commune agit en son nom propre ou au lieu et place des usagers ?

Dans le premier cas, soutenant que la ville subit un préjudice atteignant la communauté des habitants, le Conseil d'Etat admet que la Commune est fondée à demander réparation.

Au contraire, le Conseil déclare que la ville ne peut se substituer aux intéressés pour demander des dommages-intérêts en raison des préjudices personnels subis par les usagers. La collectivité ne peut agir qu'au nom des intérêts collectifs et non défendre les intérêts individuels de ses membres (4). Tel est le dernier état de la jurisprudence : arrêt du 6 décembre 1935.

En outre, la Cour de Cassation reconnaissait au Maire la possibilité d'invoquer ses pouvoirs de police pour sanctionner les clauses du cahier des charges par les contraventions de simple police de l'article 471, parag. 15, du Code Pénal. Mais le Conseil d'Etat a manifesté son intention de mettre fin à cette pratique, à son sens, abusive (5).

(3) Sur cette évolution, voir : (C. E., 15 juillet 1881, *Recueil*, p. 701) — (C. E., 11 janvier 1884, *Recueil*, p. 40) — (C. E., 31 mai 1907, arrêt Deplanque, Conclusions Romieu, *Recueil*, p. 514, et *Sirey*, 1907, III, 113, avec note de M. Hauriou).

(4) Voir arrêt du Conseil d'Etat, Ville de Bergerac, contre Société du Gaz et d'Electricité de cette ville (C. E., 6 décembre 1935, *Sirey*, 1936, III, p. 165, avec une très intéressante note de M. Laroque, qui regrette la décision du Conseil d'Etat refusant des dommages-intérêts à la Ville de Bergerac agissant à raison du préjudice subi par les usagers de la Compagnie du Gaz.

(5) C. E., 5 janvier 1924, Société Industrielle du Gaz et de l'Electricité, *Recueil*, p. 17, et *Sirey*, 1926, III, 33, avec la note de M. Hauriou).

On voit donc que s'il faut défendre l'intérêt général contre les manquements des concessionnaires, la Commune dispose de puissants moyens, mais si elle veut soutenir les intérêts personnels des usagers elle n'est pas armée. Cette restriction est importante. Mais quand la Commune veut et peut agir, est-elle seule à pouvoir le faire ?

2° LES USAGERS NE PEUVENT DÉFENDRE QUE LEURS INTÉRÊTS PARTICULIERS

En effet, le bon fonctionnement des services municipaux ne concerne pas seulement la commune, il intéresse aussi et surtout les usagers. Ceux-ci doivent donc pouvoir demander une exécution rigoureuse du service mis à leur disposition. Or les possibilités qui leur sont offertes à cet égard varient suivant qu'ils défendent leurs intérêts particuliers ou qu'ils prétendent agir au nom de l'intérêt général.

a) *Les usagers peuvent défendre leurs intérêts particuliers.*

Une jurisprudence récente leur a notamment reconnu le droit d'exiger le bénéfice d'un service public existant. La règle de la généralité du service, en effet, est un des principes essentiels de la gestion administrative (6).

Ils ont également celui de faire respecter à leur profit les règles objectives qui commandent le fonc-

(6) Voir C. E., 6 mai 1931, Tondut, *Sirey*, 1931, III, 81, et la note signée P. L.

tionnement du service. Ils ont même qualité, dans l'état actuel de la jurisprudence, pour discuter tout acte administratif relatif à l'organisation ou au fonctionnement du service (7).

Enfin, lorsque le service concédé revêt un caractère industriel ou commercial (distribution d'eau, de gaz, d'électricité), ses usagers sont liés au concessionnaire par des contrats qui sont des contrats de droit commun. Ils pourront donc, pour faire respecter leurs droits, s'adresser tout naturellement au juge de ceux-ci, c'est-à-dire généralement aux tribunaux ordinaires (8).

Ainsi les usagers peuvent revendiquer dans leur intérêt personnel, en dehors de l'autorité concédante, les avantages prévus par la réglementation du service ou par le contrat qui les lie au concessionnaire.

Ils ont donc bien des actions qui leur sont propres, mais l'efficacité de celles-ci n'est-elle pas très limitée ? Combien d'usagers connaissent les stipulations du cahier des charges ou de la police ? Lequel est disposé à risquer un procès douteux dont le résultat favorable — s'il l'est — ne lui apportera en définitive qu'un avantage personnel minime ?

Les usagers peuvent-ils, d'autre part, prendre en

(7) C'est ainsi que dans le cas du relèvement des tarifs d'un service public, le Conseil d'Etat reconnaît à l'usager le droit d'attaquer l'acte de l'autorité administrative approuvant ce relèvement. Pour cela, n'ayant pas été partie au contrat de concession, il ne peut s'adresser au juge de ce contrat, il saisira le juge du recours pour excès de pouvoir, solution qui n'est pas sans présenter quelques difficultés (Voir la note de M. André Heilbronner, dans *D. P.*, 1937, III, 4, *C. E.*, 4 décembre 1936).

(8) *C. E.*, 6 mai 1931, Tondut, *Sirey*, 1931, III, p. 81

mais les intérêts généraux de la Commune contre un concessionnaire défaillant ?

b) *Les usagers ne peuvent agir au nom de l'intérêt général.*

En cas de manquements graves du concessionnaire, touchant non à quelques intérêts particuliers, mais à l'intérêt général de tous les habitants de la commune, les usagers du service public ne pourront pas, arguant cette dernière de négligence, solliciter directement devant le juge administratif l'application d'une des pénalités prévues au cahier des charges. Au stade de la création et de l'organisation du service public, la commune monopolise la surveillance du concessionnaire et exerce un contrôle dans lequel les particuliers ne peuvent prétendre s'immiscer. Dès lors, si elle néglige de stimuler et de surveiller ses concessionnaires, d'intenter toute action utile en justice, la masse des intérêts des usagers des services publics va-t-elle se trouver irrémédiablement compromise ? On ne saurait l'affirmer encore, il nous suffit pour l'instant de poser cette question.

3° LE RÔLE DES ASSOCIATIONS D'USAGERS

A la vérité les associations d'usagers ne peuvent-elles pas suppléer à la carence individuelle de ceux-ci ? Il n'est pas besoin d'insister sur l'importance pratique que présente l'ouverture de voies de droit à de tels groupements. Disposant de moyens étendus ils sont en mesure de jouer un rôle efficace pour dé-

fendre les intérêts de leurs membres et veiller à la bonne marche du service public (9).

Supposons, par exemple, une interruption de courant électrique, l'association des consommateurs demande des dommages-intérêts à raison du préjudice que lui cause cette défaillance. Son action est une action qui lui est propre : c'est celle de tous les consommateurs ligüés venant à l'aide de l'un ou plusieurs d'entre eux. Distincte de celle qui appartient à chacun des usagers lésés, elle est d'un effet moral considérable. C'est la seule qui puisse même être intentée quand le préjudice est minime pour chaque consommateur qui ne prendrait pas la peine d'agir.

Pourtant, la portée de ces actions est contestée par la jurisprudence. La Cour de Cassation, en 1923, dans un arrêt célèbre (10), affirmait « qu'une association ne représente pas de plein droit les intérêts de ceux qui en font partie ». Par là, elle admettait l'existence au profit d'un groupement d'une action autonome distincte des actions individuelles.

Aujourd'hui, elle semble s'être ravisée. Un arrêt de la Chambre Civile, en date du 25 novembre 1929, prête à équivoque (11). Là Cour déclare bien que la

(9) Voir *Thèse Laroque* : Les usagers des services publics industriels en droit français, p. 212, et note du même au *Sirey*, 1936, III, 67.

(10) C. E., 15 juin 1923, Association des Instituteurs de la Marne contre Cardinal Luçon.

(11) Voir Cass. Civ., 25 novembre 1929, *Sirey*, 33, I, 28, Ligue des Consommateurs de Gaz et d'Electricité contre Compagnie Générale du Gaz pour la France et l'Etranger. Cette affaire a été plaidée devant la Cour d'Appel de Poitiers, arrêt du 28 décembre 1925, *Sirey*, 26, II, 65, note de M. Esmein. La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel.

Ligue des Contribuables qui plaideait devant elle représente l'intérêt collectif de ses membres, mais elle ajoute que le préjudice invoqué par cette association est celui qui est invoqué par l'ensemble des associés du fait de l'inexécution de leur police.

De sorte que si la Cour paraît reconnaître aux Associations une action autonome, elle semble dire qu'elles ne peuvent subir de préjudice indépendant de celui supporté par chacun de leurs adhérents.

Il est donc permis de douter de l'efficacité des actions intentées par les ligues d'usagers — quand elles existent — du moins devant les tribunaux judiciaires.

Par contre, le Conseil d'Etat assimile quant aux instances, les Associations aux Syndicats et admet que celles-ci peuvent très bien agir pour la défense des intérêts généraux distincts des intérêts individuels des usagers.

Quoi qu'il en soit, les actions individuelles et collectives des usagers et de leurs associations ne sont pas toujours à même d'assurer de façon satisfaisante l'exécution des clauses des cahiers des charges et des polices.

Les contribuables qui ont droit au fonctionnement du service dont, en définitive, ils assument les frais soit par l'impôt (subventions au concessionnaire) ou les taxes (en échange de la prestation), doivent se contenter de faire confiance au concédant — la Commune dans les cas qui nous intéressent — pour la défense de leurs intérêts.

*
* *

Nous avons donc montré brièvement qu'à l'exercice utile et opportun des actions communales s'attachent non seulement les intérêts particuliers de certains gros contribuables communaux frappés plus spécialement par l'impôt, mais encore une foule d'intérêts presque aussi nombreux que les habitants de la commune : ceux des usagers des services publics communaux concédés. Tous, jusqu'ici, peuvent nous sembler suspendus à la diligence et à l'habileté des autorités décentralisées.

La vie juridique normale de la commune est-elle à même d'offrir à cet égard aux intéressés certaines garanties ? C'est ce qu'il nous faut examiner.

CHAPITRE II

Les garanties offertes par la vie juridique normale de la commune quant à l'exercice opportun des actions communales.

La vie juridique normale de la commune, telle qu'elle est réglée par la loi municipale du 5 avril 1884, modifiée par celle du 8 janvier 1905, offre-t-elle à la collectivité communale et surtout à ceux de ses membres qui sont les plus intéressés à en voir sauvegarder les droits — les contribuables communaux et les usagers de services publics communaux concédés — les garanties suffisantes d'un exercice opportun et habile des actions communales ? Pour résoudre ce problème, nous nous attacherons successivement à deux questions :

— en quoi consiste la vie juridique normale de la Commune ?

— quelles garanties offre-t-elle aux intéressés pour la sauvegarde de leurs droits ?

SECTION I

LA VIE JURIDIQUE NORMALE DE LA COMMUNE TELLE QU'ELLE EST REGLEE PAR LA LOI DU 5 AVRIL MODIFIEE PAR CELLE DU 8 JAN- VIER 1905.

L'article 90, parag. 8, de la loi municipale du 5 avril 1884 (successeur de l'article 10, parag. 8, de la loi du 18 juillet 1837), donne de la vie juridique de la Commune ce principe directeur :

— « Le Maire est chargé de représenter la Commune en justice, soit en demandant, soit en défendant ».

— « sous le contrôle du Conseil municipal ».

— « et la surveillance de l'Administration supérieure ».

Analysons dans trois paragraphes les éléments de cette disposition.

1° LE MANDAT LÉGAL DU MAIRE POUR REPRÉSENTER LA COMMUNE EN JUSTICE

Il appartient en principe au Maire de représenter la Commune et d'agir en justice en son nom pour défendre ses intérêts. Il jouit donc pour cela d'un véritable mandat légal, mandat qui fait échec à la maxime : « Nul en France ne plaide par procureur ».

En conséquence, la Commune doit être assignée par tout plaideur en la personne ou au domicile du

maire, et réciproquement celui-ci en personne exercera les actions de la Commune pourvu qu'il indique qu'il agit en qualité de maire ⁽¹⁾.

Une exception à ce principe est prévue expressément par l'article 83 de la loi municipale : « Dans les cas où les intérêts du Maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, le Conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la Commune, soit en justice, soit dans les contrats ».

2° LE CONTRÔLE DU CONSEIL MUNICIPAL

a) Les procès de la Commune sont affaires communales et il est normal que le Conseil municipal soit appelé, en principe, à en délibérer et à en décider. Aussi d'après l'article 90 de la loi du 5 avril 1884, le Maire représente la Commune « sous le contrôle du Conseil municipal ». Les articles 121 et 122 de cette loi, tels qu'ils ont été rédigés par la loi du 8 janvier 1905, précisent l'exercice de ce contrôle en disposant que « le Conseil municipal délibère sur les actions à intenter ou à soutenir au nom de la Commune ou d'une section de Commune » et que « le maire représente en justice la Commune ou la section de Commune en vertu d'une délibération du Conseil municipal ».

(1) Ces principes ont été réaffirmés par un arrêt relativement récent de la Cour d'Appel de Lyon déboutant un plaideur qui avait cru devoir soulever la nullité pour vice de forme d'une assignation délivrée à la requête d'une personne agissant en qualité de Maire d'une commune, en prenant argument de la maxime « Nul en France ne plaide par procureur ». (Cour d'Appel de Lyon, 11 juin 1914, *Moniteur Juridique de Lyon* du 28 avril 1935).

A considérer la lettre des textes, il semblerait qu'il s'agisse d'une autorisation du Conseil municipal préalable à l'exercice de toute action par le maire.

Mais la jurisprudence, dans un souci des nécessités de la pratique qui ne saurait être critiqué, a interprété ces textes avec une certaine souplesse. Il lui suffit, pour valider l'action du maire, que l'autorisation du Conseil municipal intervienne avant le jugement du litige au cours des débats, en première instance comme devant la juridiction d'appel ⁽²⁾. Le maire peut donc, sans intervention préalable du Conseil municipal, interjeter appel d'un jugement ou se pourvoir en Cassation, mais il doit, pour suivre son appel ou son pourvoi, se munir d'une autorisation nouvelle de son Conseil municipal et les actes qu'il a engagés seraient non avenus si le Conseil municipal refusait de les ratifier ⁽³⁾.

b) Mais conformément à une jurisprudence constante, il existe un domaine où exceptionnellement le maire n'a besoin pour agir d'aucune autorisation du Conseil municipal : c'est celui des demandes en référé formées par les Communes ou contre elles. Elles ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du Conseil municipal, tant à raison de l'urgence qu'à

(2) Cassation, Chambre Civile, 25 mars 1891, *D. P.*, 1891, I, 223. (Cassation, Requêtes, 8 mai 1908, *D. P.*, 1908, I, 345).

(3) (Cour d'Appel de Bordeaux, 16 juin 1897, *D. P.*, 1898, II, 63). (Cassation, 5 mai 1927, *D. H.*, 1927, p. 485. Un pourvoi en Cassation formé par le maire avant l'autorisation du Conseil Municipal est recevable si, par délibération postérieure, ce dernier reconnaît que le maire s'est pourvu conformément à ses intentions et en application de délibérations prises au sujet de la question faisant l'objet du pourvoi).

raison de l'interdiction faite par la loi, au juge des référés, de préjudicier au principal (4).

3° LA SIMPLE SURVEILLANCE DE L'ADMINISTRATION SUPÉRIEURE : PLEINE CAPACITÉ DE LA COMMUNE D'ESTER EN JUSTICE.

La délibération par laquelle le Conseil municipal autorise le maire à plaider pour la Commune, n'est pas soumise, pour être exécutoire, à l'approbation de l'autorité supérieure. L'article 61, parag. 1, de la loi municipale, la déclare en effet « réglementaire » (5). Il appartient souverainement au Conseil municipal d'estimer s'il y a lieu ou non, pour la Commune, d'ester en justice. La liberté d'appréciation est en effet entière depuis la loi du 8 janvier 1905 qui a supprimé pour les Communes et les établissements publics la nécessité d'une autorisation du Conseil de Préfecture pour agir en justice. Désormais, toute limite à la capacité de la Commune a disparu en ce domaine : la tutelle administrative ne s'y exerce plus (6).

Sans doute l'article 124 de la loi de 1884 conserve, pour les particuliers qui veulent plaider contre la commune, l'obligation du mémoire déposé préalablement, à peine de nullité, à la préfecture ou à la sous-

(4) (Cour d'Appel de Besançon, 27 novembre 1907, *D. V.*, 1907, II, 113).

(5) Loi du 5 avril 1884, article 61. : Le Conseil Municipal règle par ses délibérations les affaires de la commune.

(6) Jusqu'en 1905, la nécessité d'une autorisation avait été traditionnelle dans notre droit administratif. Voir *infra*.

préfecture. Mais cette obligation ne saurait être considérée comme un moyen d'exercice de la tutelle administrative dans un domaine dont elle a été exclue (7). « Attendu, dit la Chambre Civile de la Cour de Cassation, que si l'obligation relative au dépôt d'un mémoire préalable continue, en vertu de l'article 124 de la loi du 5 avril 1884, modifiée par celle du 8 janvier 1905, à s'appliquer aux actions dirigées contre les Communes, on ne saurait plus considérer cette obligation, depuis cette dernière loi, comme un moyen d'assurer l'exercice de la tutelle administrative ; que cette obligation n'a plus que le caractère d'un privilège que la loi concède, en l'absence de préliminaires de conciliation, à l'Etat et à ses démembrements immédiats, les Départements et les Communes... ».

La vie juridique de la commune se trouve donc désormais dominée par le principe de l'entière capacité de la Commune pour ester en justice :

— une autorité prend la décision : le Conseil municipal ;

— un mandataire « ad litem » l'exécute, le maire qui, autorisé par le Conseil municipal, agit en justice comme représentant des intérêts dont l'administration communale a la charge.

Mais cette vie juridique normale, telle que nous venons de l'analyser, présente-t-elle pour les contribuables communaux et pour les usagers des services publics communaux concédés des garanties d'exer-

(7) Cour de Cassation, Chambre Civile, 15 décembre 1936, *Gazette du Palais*, 7-8 février 1937.

cice opportun des actions communales ? C'est ce qu'il nous faut étudier maintenant.

SECTION II

LES GARANTIES D'EXERCICE OPPORTUN DES ACTIONS COMMUNALES OFFERTES PAR LA VIE JURIDIQUE NORMALE DE LA COMMUNE.

Dans la plupart des Communes, c'est en fait le Maire qui décide. C'est lui qui mène le Conseil municipal et c'est sur lui que pèse la responsabilité des décisions à prendre. Nous identifierons donc le Conseil municipal avec son chef.

Or le Maire, déjà chargé sous l'autorité de l'Administration supérieure, d'un certain nombre d'attributions touchant à l'intérêt général, est soumis quant à ses attributions municipales — en particulier s'il s'agit d'exercer des actions de la Commune — d'une part au contrôle de l'autorité supérieure (tutelle administrative) et, d'autre part, au contrôle des électeurs qui lui renouvellent ou non périodiquement leur confiance.

Ces deux espèces de contrôle ne sont évidemment pas sans offrir deux catégories correspondantes de garanties qu'il nous faut étudier. Mais auparavant, il nous faut examiner si le Maire n'est pas susceptible de présenter déjà lui-même, en tant que premier magistrat de la commune, certaines des garanties que nous recherchons.

§ 1. — LES GARANTIES PRÉSENTÉES QUANT A L'EXERCICE
DES ACTIONS COMMUNALES PAR LE MAIRE

Il est nécessaire, pour les apprécier, de distinguer, d'une part, les petites Communes ou Communes rurales, d'autre part, les villes. Les différences sont en effet entre elles considérables.

A) Dans un Conseil municipal de ville, assemblée déjà nombreuse comprenant en fait des commerçants, des ouvriers ayant la pratique des syndicats, ou des hommes appartenant aux professions libérales, il y a des chances que la question de l'exercice d'une action communale soit étudiée avec soin par des hommes expérimentés, compétents et capables d'apprécier en connaissance de cause les chances d'un procès. Certaines Communes disposent même d'un service de contentieux très bien organisé. Au contraire :

B) Un Conseil municipal de petite Commune et notamment de Commune rurale, est ordinairement incapable d'en juger sainement, à cause de son ignorance des choses du droit et de ses passions politiques de village.

a) L'incompétence des Conseils municipaux des petites Communes est à l'origine de deux attitudes inverses, mais également préjudiciables aux intérêts de la collectivité.

Se reconnaissant fort ignorants et, sentant d'autre part tout le poids de la responsabilité qu'ils porteront si le procès échoue, certains sont amenés à négliger de faire valoir des droits très certains pour ne pas

s'exposer par aventure à perdre l'affaire et à payer les frais. La crainte de la perte du procès est ainsi le commencement de l'abstention systématique.

Mais s'il est des Conseils municipaux trop timides, beaucoup ne craignent point, par humeur processive, par âpreté au gain, d'engager la Commune dans des procès insoutenables, entrepris sans fondements légitimes, et dont les suites peuvent être un désastre financier pour le budget communal. La Commune devra donc s'endetter pour des années et des impôts nouveaux devront combler le déficit.

C'est ainsi que, par ignorance, les uns sacrifient des droits à peu près certains, d'autres plaident sans raison.

D'aucuns pourtant ne s'engagent pas dans un procès ou ne s'abstiennent au contraire pas sans demander conseil. Mais, en pratique, les conseillers des maires sont soit des agents d'affaires, soit les instituteurs secrétaires de mairie.

Des instituteurs on peut craindre que, même très au courant de la technique des fonctions de secrétaire de mairie, ils ne soient tout à fait compétents pour apprécier les chances d'un procès.

Des agents d'affaires de profession on peut tout craindre.

L'incompétence des Conseils municipaux des petites Communes n'est guère éclairée par les uns et risque d'être exploitée par les autres.

b) Mais ces édiles ne sont pas seulement incompetents. Ils sont souvent des politiciens de clocher. Influencés par de petits intérêts, par des haines locales,

ils peuvent être portés par passion politique soit à ne pas entreprendre un procès opportun, soit au contraire à s'engager dans des instances douteuses, par esprit de parti, pour faire pièce à leurs adversaires.

c) Enfin, à côté des timorés, des imprudents et des politiciens, il y a les négligents. Ils sont nombreux. La notion de solidarité n'est malheureusement que fort peu répandue dans notre pays, et dans les campagnes moins qu'ailleurs. Dans une Commune où les gros contribuables sont quelques propriétaires, et où des petits fermiers sont Conseillers municipaux, il est à craindre que ces derniers négligent des droits dont il ne leur paraît pas qu'ils tireront un profit immédiat. Il nous faut donc conclure qu'en général, seuls peuvent offrir en eux-mêmes aux intérêts en cause quelques garanties d'exercice opportun des actions communales, les maires et les Conseils municipaux des villes. Mais les municipalités des villes et les municipalités des campagnes sont soumises au contrôle de la tutelle administrative. Que faut-il espérer de ce contrôle ?

§ 2. — LES GARANTIES PROCURÉES, QUANT A L'EXERCICE
DES ACTIONS COMMUNALES, PAR LA TUTELLE ADMINISTRATIVE.

Ces garanties dépendent des pouvoirs qui lui sont conférés dans ce domaine, mais elles dépendent aussi de la façon dont on les exerce. Etudions dès lors ces deux points.

A) *Que peut la tutelle administrative ?*

Trois autorités différentes étant susceptibles successivement de s'opposer, soit directement, soit indirectement à la mise en œuvre de l'action communale, trois hypothèses sont à distinguer :

— Il se peut que le Conseil municipal, refusant de plaider ou s'abstenant de délibérer à ce sujet, paralyse alors le maire, ce dernier ne se rangerait-il pas à son avis.

— Il se peut au contraire que le Conseil municipal désire ester en justice, mais le maire, en ne donnant aucune suite à sa délibération, le frappe à son tour d'impuissance.

— Il se peut enfin que le Conseil municipal et le maire, étant d'accord pour agir, le préfet y mette pourtant obstacle.

Dans les deux premières hypothèses, l'autorité de tutelle peut-elle remédier au refus, à la carence ou au désaccord des autorités communales ? Dans la dernière, son opposition procède-t-elle toujours du désir de protéger la collectivité ?

Dans les deux premiers cas, les intérêts en cause ne risquent-ils pas d'être irrémédiablement compromis ? Dans le dernier, furent-ils seulement pris en considération, ou du moins, sainement appréciés ? C'est ce que nous allons examiner.

a) Le Conseil municipal, d'accord ou non avec le Maire, refuse de plaider ou s'abstient de délibérer à ce sujet.

Nous avons vu le caractère réglementaire de la

délibération par laquelle le Conseil municipal autorise le Maire à ester en justice. La loi de 1905, en supprimant l'autorisation du Conseil de Préfecture, a définitivement consacré la souveraineté entière du Conseil municipal dans ce domaine. Aussi l'article 85 de la loi municipale qui confère au préfet, tout au moins dans l'interprétation extensive que lui donne la doctrine, un pouvoir général de substitution au maire en cas d'inaction de ce dernier, ne prévoit-il pas cette possibilité d'action d'office pour le cas d'inertie du Conseil municipal dans le domaine judiciaire.

Si le Conseil refuse d'intenter une action ou d'y défendre, ni le Maire, ni le Préfet ne peuvent représenter la Commune ⁽⁸⁾.

La carence ou l'opposition de l'assemblée municipale, l'impuissance consécutive du Maire, ne laissent cependant pas l'autorité tutélaire entièrement désarmée. Le préfet pourra, par exemple, provoquer la destitution du Maire, ou la dissolution du Conseil municipal. Mais ce sont là des moyens extrêmes qui ne résolvent pas directement la difficulté. Pratiquement le préfet en sera donc réduit à user de son influence personnelle en intervenant officieusement auprès des autorités communales pour les engager à agir.

Les intérêts de la commune risquent donc dans cette première hypothèse de se trouver irrévocablement lésés, l'autorité supérieure s'attardant d'ordi-

(8) Morgand : *La Loi Municipale*, t. II, p. 186, éd. 1923.

naire dans des interventions officieuses toujours difficiles et reculant devant l'emploi de tout moyen extrême à l'égard d'un Conseil municipal.

b) Le maire refuse de prendre en considération une délibération du Conseil municipal l'engageant à ester en justice.

Le maire est investi du mandat légal de représenter la commune en justice, mais encore faut-il qu'il veuille bien donner suite à la délibération de son Conseil municipal l'engageant à en faire usage. Ce dernier n'ayant pas la possibilité juridique d'imposer sa volonté, la tutelle administrative et son contrôle vont-ils permettre d'obvier éventuellement à cette inaction volontaire ?

— Le Conseil municipal ne peut pas, juridiquement, imposer au maire sa volonté.

Sans doute la loi municipale prévoit un certain nombre d'hypothèses, dans lesquelles le Conseil municipal est autorisé à substituer un de ses membres au maire, dans l'exercice de ses fonctions. L'article 83 lui permet, « dans les cas où les intérêts du maire se trouvent en opposition avec ceux de la commune, de désigner un de ses membres pour représenter celle-ci soit en justice, soit dans les contrats ».

Visant les cas d'absence, de suspension, de révocation et tout autre empêchement, l'article 84 prévoit que le maire « peut être provisoirement remplacé dans la plénitude de ses fonctions par un adjoint dans l'ordre des nominations, et à défaut par un conseiller municipal désigné par le Conseil, sinon pris dans l'ordre du tableau ». Mais il est certain que

l'hypothèse d'inaction du maire que nous envisageons ne rentre pas dans le cadre de ces deux articles. Il est donc impossible au Conseil municipal, prenant acte de l'attitude du maire, de lui substituer un de ses membres.

Un conseiller municipal ne pourrait pas davantage s'attribuer d'autorité le mandat légal du maire. Le Conseil d'Etat a déclaré irrecevable le recours formé, devant lui, par les membres de la majorité d'un Conseil municipal, agissant en raison de la carence du maire ⁽⁹⁾.

Il reste au Conseil municipal la possibilité de voter des ordres du jour de blâme destinés à amener la démission du maire. Mais les mœurs municipales n'obligent pas ce dernier à démissionner devant l'hostilité de la majorité de son Conseil municipal : il n'y a pas en effet régime parlementaire, mais au contraire régime présidentiel ⁽¹⁰⁾.

On devra donc se contenter ici encore d'opérer auprès du préfet des démarches officieuses afin de jeter dans le conflit une autorité supérieure susceptible de peser sur la volonté du maire.

La mauvaise volonté de celui-ci paralyse donc entièrement le Conseil municipal.

(9) Conseil d'Etat, 31 mars 1905, *D. P.*, 1905, III, 98. L'annotateur du *Dalloz* remarque que cette solution ne prête juridiquement à aucune critique, mais qu'elle est en fait extrêmement regrettable. Elle consacre, en effet, une véritable lacune de la loi, lacune dont les conséquences peuvent être fâcheuses pour la commune. En ce qui concerne les actions judiciaires, nombreux sont les cas où l'instance doit être engagée à peine de déchéance, dans un délai déterminé. Si le maire méconnaît son obligation légale d'exécuter la décision de son Conseil Municipal, les droits de la commune peuvent être irrévocablement compromis.

(10) Cf., note dans le *Recueil Lebon*, 1905, p. 741.

— L'autorité tutélaire peut-elle obvier à cette impuissance du Conseil municipal devant l'inertie ou la mauvaise volonté du maire ?

L'article 85 de la loi municipale semblerait lui ouvrir cette possibilité. Il dispose en effet que « dans le cas où le maire refuserait ou négligerait de faire un des actes qui lui sont prescrits par la loi, le préfet peut, après l'en avoir requis, y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial. Ce texte donne donc au préfet le pouvoir de procéder d'office, par lui-même ou par un délégué spécial, après une mise en demeure préalable, à tout acte que le maire refuserait ou négligerait de faire. Mais à la condition que cet acte soit prescrit par la loi.

Si l'on donne à cet article 85 le sens très général auquel paraît lui donner droit la place qu'il occupe dans la loi à la tête de tous les articles énumérant les attributions du maire, il faut dire qu'il s'applique aussi bien aux actes que le maire accomplit sous la simple surveillance de l'administration (c'est-à-dire comme agent de la commune) qu'à ceux qu'il accomplit sous l'autorité de celle-ci (c'est-à-dire comme agent de l'Etat). Dès lors, la loi faisant une obligation au maire de représenter la commune en justice, il semble que l'article 85 soit applicable si le maire refuse d'agir quand une délibération du Conseil l'y engage.

Mais, en réalité, l'article 85 ne fait que reproduire l'article 15 de la loi du 18 juillet 1837, et le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 20 avril 1883 ⁽¹¹⁾, a décidé

(11) Rapporté au *Lebon* de 1883, p. 367.

que ce texte ne s'appliquait qu'aux actes du maire accomplis sous l'autorité de l'administration supérieure. Avec cette interprétation, le préfet se trouve donc impuissant à suppléer le maire dans les actes que celui-ci doit accomplir sous la simple surveillance de l'administration supérieure, c'est-à-dire dans les actes intéressant la gestion des intérêts communaux et notamment dans son mandat légal de représentation judiciaire⁽¹²⁾.

De plus, l'exécution des décisions du Conseil municipal n'est pas un acte prescrit par la loi, c'est pour le maire une fonction. Si le préfet peut se substituer à lui pour l'accomplissement d'un acte, il ne le peut pour l'exercice d'une fonction⁽¹³⁾.

Nous sommes donc obligé de conclure que la carence du maire conduit à une impasse, et que l'action communale restera en sommeil, du moins tant que celui-ci demeurera en fonction.

c) Le Conseil municipal et le maire sont d'accord pour agir mais le préfet y met indirectement obstacle.

Supposons une action appartenant à la commune, cette collectivité peut avoir intérêt, soit à la voir

(12) Cf. sur la question : Morgand : « La loi municipale », sous l'article 85.

Laferrière : « La juridiction administrative », 2^e édition, t. II, p. 512.

Sanlaville : « Revue générale d'administration », de 1902, III, p. 17. De la représentation juridique des communes.

(13) Berthélémy : Traité élémentaire de droit administratif, 12^e édition, p. 254.

Ducrocq : Cours, 7^e édition, p. 342.

Il y a deux exceptions à cette règle, l'une en matière de finances, l'autre en matière de police.

mettre en œuvre, soit à la voir demeurer en sommeil suivant les chances de réussite qu'elle comporte.

Dans les deux hypothèses précédemment analysées, les autorités décentralisées n'agissant pas, la commune courrait le risque de voir ses intérêts irrémédiablement compromis par cette inaction, risque contre lequel la tutelle administrative restait impuissante.

Dans l'hypothèse présente, au contraire, elles agissent. On peut craindre que l'instance, engagée à la légère et sans fondements légitimes, ne soit de nature à grever lourdement, par ses conséquences, la collectivité communale. Celle-ci peut-elle attendre du contrôle tutélaire une protection efficace ?

Sans doute la délibération par laquelle le Conseil municipal décide d'ester en justice est réglementaire et soustraite au contrôle de l'autorité supérieure. Mais le pouvoir de tutelle peut intervenir indirectement pour s'opposer à la mise en œuvre de l'action communale.

La souveraineté de la commune est en effet plus théorique que pratique⁽¹⁴⁾. En vue du procès, l'as-

(14) Il en est ainsi pour toutes les délibérations réglementaires. Le Conseil Municipal, puisqu'elles constituent le droit commun, jouit d'une sérieuse autonomie pour gérer les affaires communales. Toutefois, l'efficacité de ces délibérations est quelque peu illusoire. Ce ne sont jamais que des décisions de principe. Elles engagent les affaires, mais leur exécution suppose résolues des questions budgétaires à propos desquelles la tutelle administrative reprendra ses droits. Le tout n'est pas, en effet, de décider d'une affaire. Si l'administration centrale est « embusquée », comme dit M. Hauriou, dans la procédure des opérations d'exécution, celle-ci ne se fera pas sans son consentement. C'est ce qui permet de douter du caractère effectif de la décentralisation actuelle.

semblée sera généralement amenée à voter un crédit supplémentaire : il s'agira par exemple de verser une provision à un avoué. Or, conformément à l'article 68, § 7, nouveau, de la loi municipale (décret du 5 novembre 1926), cette décision est sujette à approbation⁽¹⁵⁾. Le préfet peut la refuser et s'opposer ainsi indirectement à ce que la commune passe à l'exécution de la délibération.

Il est vrai qu'un crédit spécialement affecté au contentieux de la commune peut figurer au budget. Dans ce cas, l'argument précédent ne joue pas. Mais il est exceptionnel de rencontrer dans les budgets des petites communes — l'immense majorité — un tel article.

Doit-on dire de l'opposition du préfet qu'elle soit toujours protectrice des intérêts en cause ?

Leur sauvegarde dépend des garanties de compétence et d'impartialité présentées par l'autorité qui examine et pèse les chances du procès.

Nous nous sommes expliqué déjà sur celles que peuvent offrir à cet égard les autorités communales. C'était jusqu'ici suffisant puisque, dans les deux hypothèses examinées, elles décidaient souverainement. Mais la protection de la collectivité résultant dans ce dernier cas et en dernier ressort, de la qualité du contrôle tutélaire, c'est sur elle qu'il faut nous prononcer.

(15) Lorsque le préfet ou le sous-préfet refuse son approbation, le Conseil Municipal peut se pourvoir devant le Ministre de l'Intérieur (article 69 de la loi municipale) et même directement devant le Conseil d'Etat par le recours pour excès de pouvoir.

Conseil d'Etat, 10 mars 1911, Commune de Boujailles, *Recueil*, p. 289, *Sirey*, 1912, III, 41, avec une note de M. Hauriou

Ce contrôle, en réalité, a la valeur de la tutelle administrative elle-même. Nous devons précisément lui consacrer quelques développements.

B. — *Que vaut en général la tutelle administrative ?*

Il ne suffit pas, en effet, que la tutelle administrative puisse intervenir, il faut que son action présente toutes les garanties désirables. Sur son compte la doctrine n'est pas tendre. Déjà en 1901 Hauriou la critiquait avec violence⁽¹⁶⁾. L'Administration préfectorale n'est qu'un mécanisme politico-électoral. Le cabinet du préfet, organe politique, est devenu tout-puissant, les bureaux, organes administratifs, sont écartés des affaires. Ses préoccupations électorales font approuver au préfet ce qu'il devrait rejeter et lui interdisent d'annuler ce qu'il devrait abroger. De telles fonctions subordonnées à la politique électorale ne peuvent faire qu'une mauvaise administration.

Hauriou vante ensuite le rôle de la tutelle « fortement organisée » par le Premier Consul, qui fonctionna jusqu'au 5 avril 1884. Or c'est justement à cette époque que les pouvoirs des préfets ont été des plus larges, que les pressions gouvernementales et politiques ont été les plus vives, les plus violentes, et les plus efficaces. Singulière contradiction !

En vérité, est-il possible de parler de tutelle administrative ? Non. Jamais ce mot, même au temps de l'Empire et de ses préfets, n'a été justifié, il ne peut

(16) Arrêt Casanova, C. E., 29 mars 1901, S., III, 01, 73.

s'agir que de contrôle de l'administration sur l'activité communale.

Aujourd'hui, peut-on soutenir qu'après la loi de 1884 les décrets de 1926, la jurisprudence du Conseil d'Etat et la politique de décentralisation poursuivie par la III^e République, subsiste encore ce pouvoir de contrôle ? Il ne semble pas. Il ne reste au préfet que la possibilité de surveiller, d'exercer un droit de regard sur l'activité administrative des communes.

Le préfet, en effet, ne nomme plus les maires et les conseillers municipaux ; les mesures disciplinaires qu'il peut prendre contre eux sont limitées par des formalités légales et le contrôle du Conseil d'Etat. Il ne peut plus suspendre ou annuler que les arrêtés municipaux portant règlement de police⁽¹⁷⁾. Il ne peut annuler les délibérations des Conseils que dans des cas nettement déterminés ; son approbation, qui était nécessaire pour rendre exécutoires les délibérations, n'est aujourd'hui qu'un souvenir, une exception⁽¹⁸⁾.

Certes, le préfet peut encore agir aux lieu et place des maires et des Conseils municipaux, mais c'est là une mesure exceptionnelle. Une seule est permanente : la surveillance qu'il exerce sur toutes les délibérations, tous les arrêtés qui lui sont obligatoirement communiqués⁽¹⁹⁾. C'est de cette façon qu'il

(17) Voir la très intéressante thèse de M. Nestor, Paris, 1931 : *Le contrôle du préfet sur l'administration communale*.

(18) Articles 62 et 95, loi du 5 avril 1884.

(19) C. E., 8 avril 1892. C. E., 11 avril 1913, etc.

Les arrêtés que le préfet peut annuler en vertu de l'article 95 sont les arrêtés de police des maires, pris en exécution de l'article 94.

empêche les municipalités de porter atteinte aux intérêts généraux du pays et qu'il dirige l'activité communale vers le but suprême d'une administration décentralisée où la liberté et l'autorité doivent subsister ensemble.

Dans ces conditions, demander à la tutelle administrative plus qu'elle ne peut donner, c'est impossible. Elle ne doit pas être rendue responsable d'une mauvaise administration. Elle s'est amenuisée c'est certain, elle est réduite à un droit de surveillance mais heureusement pour la bonne administration, en même temps que son rôle s'amincissait, celui du Conseil d'Etat — nouvel organe de tutelle administrative — s'accroissait.

*
* *

De toute façon, quand il s'agira d'exercice opportun des actions de la commune, le maire n'aura pas à redouter la tutelle administrative ; il ne faudra pas compter trop sur elle. Pour sauvegarder les intérêts généraux menacés, les contribuables et les usagers des services publics ne devront pas croire à l'action efficace du préfet sur le maire ; ce dernier et son Conseil municipal restent les seuls garants de la bonne gestion du contentieux communal. Nous avons vu ce que vaut cette garantie.

Mais puisque nous ne pouvons espérer un contrôle agissant de la tutelle, pouvons-nous compter sur un autre contrôle, celui des électeurs devant qui le maire est responsable ?

§ 3. — LES GARANTIES APPORTÉES QUANT A L'EXERCICE
DES ACTIONS COMMUNALES PAR L'ÉLECTION PÉRIODIQUE

Le Conseil municipal et le maire sont soumis pour le renouvellement de leur mandat au système de l'élection périodique. La menace de cette comparution devant l'électeur est-elle de nature à influencer sur l'inertie ou le zèle intempestif qu'ils apportent à l'exercice des actions communales ? Elle peut *a priori* paraître d'autant plus redoutable que le nombre des intérêts lésés par la gestion municipale est plus important. En réalité, est-elle jamais sérieuse ?

Le plus généralement, en effet, seuls des intérêts particuliers sont atteints. La garantie politique est pour eux inexistante. Ceux qui peuvent se faire entendre sont sans influence, les autres sont écartés du plébiscite.

Les gros contribuables ne constituent qu'une minorité d'électeurs dont le vote ne peut peser efficacement sur le scrutin.

Certains d'entre eux, non domiciliés, ne peuvent y prendre part. De même, faute de pouvoir voter, les femmes et les mineurs sont dans l'impossibilité de défendre par là des intérêts qui peuvent être néanmoins considérables.

Mais la gestion municipale affecterait-elle les intérêts généraux de la collectivité, elle n'aurait pas à craindre beaucoup plus la consultation électorale. Les citoyens lésés, certes très nombreux, dédaigneront pourtant d'y chercher une sanction et une garantie. Les convictions politiques l'emporteront chez

eux sur les griefs personnels. Peut-être pensent-ils que chaque parti arrivant au pouvoir est capable de trouver parmi ses élus des hommes compétents et dévoués ?...

Néanmoins, ce désintéressement des électeurs achève de rendre illusoires les garanties qui semblaient résulter de l'élection périodique quant à l'exercice des actions de la commune.

*
* *

Nous avons donc vu que la gestion du contentieux communal demeure entre les mains des élus de la commune et que ceux-ci n'ont à redouter ni la surveillance de l'administration préfectorale, ni le contrôle de leurs électeurs. Ils sont donc seuls à offrir aux contribuables, aux usagers des services publics, les garanties indispensables.

Nous avons été obligé de constater que dans la majorité des cas, les édiles étaient incompetents, imprudents ou négligents quand il s'agit d'exercer les actions de la commune. Les intérêts généraux risquent d'être compromis. Nous ne nous étonnerons donc pas de voir les intéressés chercher à remédier à cette situation et mettre en œuvre eux-mêmes les actions de la commune.

C'est ce que nous sommes appelé maintenant à examiner.

CHAPITRE III

La possibilité ouverte aux contribuables d'une commune d'exercer les actions communales

Devant l'importance considérable des intérêts attachés à l'exercice opportun des actions communales, devant l'insuffisance des garanties offertes à cet égard par la vie juridique de la commune, il fallait nécessairement s'inquiéter de rechercher à la fois, et par quel procédé juridique il serait possible de pallier à cette insuffisance, et qui serait susceptible de mettre en train ce procédé pour lui assurer sa pleine efficacité.

Ne faudrait-il pas voir dans cette double préoccupation les origines pragmatiques de l'article 123 de la loi municipale qui admet les contribuables communaux à exercer les actions de la commune ?

S'il en était ainsi, nous aurions expliqué du même coup les antécédents historiques de cette institution car les considérations que nous venons d'envisager ne datent pas d'aujourd'hui mais sont de tous les temps.

SECTION I

LES ORIGINES PRAGMATIQUES
DE L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884

Nous avons mis en relief la nécessité d'accorder à l'ensemble des intérêts attachés à l'exercice opportun des actions communales, une protection complémentaire palliant l'insuffisance des garanties existantes. De toute évidence, l'article 123 de la loi municipale ne répondrait pas en fait à cette exigence, s'il n'avait pas eu pour but, en réalité, de la satisfaire. Or, en admettant sous certaines conditions des contribuables communaux à exercer les actions de la commune, il s'inspire visiblement de la double préoccupation que nous avons mentionnée. En effet, tous les intéressés, peuvent en fait user de cette possibilité, et celle-ci remédie à leur égard à l'insuffisance des autres garanties.

1° TOUS LES INTÉRESSÉS PEUVENT EN FAIT
UTILISER L'ARTICLE 123

A l'exercice utile et opportun des actions communales s'attachent non seulement les intérêts particuliers de certains gros contribuables communaux frappés plus spécialement par l'impôt, mais encore une foule d'intérêts presque aussi nombreux que les habitants de la commune, ceux des usagers des services publics communaux concédés.

L'article 123 semble certes, à première vue, ne protéger que les premiers, mais en fait tous peuvent s'en prévaloir. Il n'exige pas, en effet, de celui qui prétend agir, un intérêt personnel, matériel ou moral. Il suffit de justifier de la simple qualité de contribuable. Celle-ci n'est malheureusement que trop partagée et l'immense majorité des intéressés la possède. N'en sont dépourvus en général, que ceux dont les attaches avec la collectivité sont trop lâches pour justifier de leur part une immixtion dans sa gestion.

La possibilité ouverte à tous les contribuables d'une commune d'exercer les actions communales offre donc à l'ensemble des intérêts en cause une protection manifeste, et très large, puisqu'en principe un très grand nombre de citoyens peuvent recourir à ce procédé. Est-elle suffisante ?

2° L'ARTICLE 123 OBVIE A L'ÉGARD DES INTÉRESSÉS
A L'INSUFFISANCE DES AUTRES GARANTIES

Certaines municipalités, en ce qui concerne l'exercice opportun des actions communales, ne présentent en elles-mêmes que peu de garanties, la tutelle administrative n'en procure que de très minimes et celles qui sembleraient pouvoir résulter de l'élection périodique sont illusoires. C'est donc à une triple insuffisance qu'il faut pallier. L'article 123 est-il à même de répondre à cette seconde préoccupation ? Il lui suffirait pour cela de compléter efficacement le contrôle tutélaire. Le contrôle politique s'avèrerait alors indifférent, et l'attitude des édiles secondaire.

En général, seuls peuvent offrir aux intérêts en cause quelques garanties d'exercice opportun des actions communales, les maires et les Conseils municipaux des villes. Les municipalités des petites communes et surtout les communes rurales, par ignorance ou par passion politique, tantôt plaident sans raison, tantôt sacrifient des droits à peu près certains. La tutelle administrative peut indirectement en paralyser le zèle intempestif, mais elle reste impuissante à en secouer l'inertie naturelle ou volontaire.

C'est précisément ce à quoi remédie l'article 123, qui, en multipliant les titulaires de l'action, augmente les chances de la voir mettre en œuvre au cas où elle présenterait quelque intérêt. Il complète donc le contrôle tutélaire tout en écartant par l'intervention d'un organe non plus administratif, mais juridictionnel, les initiatives hasardeuses.

C'est donc dans l'importance considérable des intérêts attachés à l'exercice opportun des actions communales et dans l'insuffisance des garanties offertes à cet égard par la vie civile normale de la commune qu'il faut trouver les origines pragmatiques de l'article 123 de la loi municipale du 5 avril 1884.

Mais cette double considération n'avait pas attendu pour se faire jour la fin du xix^e siècle, elle est de beaucoup antérieure à notre loi municipale. Cette constatation serait évidemment de nature à faire douter des origines que nous venons d'assigner à l'institution. Il serait étrange que l'on se soit soucié brusquement d'une situation dont on s'accommodait de-

puis longtemps, et dès lors force nous serait de rechercher si d'autres préoccupations n'auraient pas été, en réalité, à l'origine de notre article.

En réalité ses antécédents historiques assez lointains corroborent heureusement ces origines en même temps qu'ils s'expliquent par elles. Ce sont eux qu'ils nous faut donc maintenant retracer brièvement.

SECTION II

LES ANTECEDENTS HISTORIQUES DE L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884

Déjà une disposition du droit romain permettait à tout citoyen de prendre à son compte les actions que les représentants légaux de la communauté se refusaient à défendre. Il est certain qu'il faut voir là l'origine de notre institution puisque sous la seconde restauration la Commission parlementaire qui présenta la première proposition tendant à autoriser certains contribuables à exercer les actions communales a nettement déclaré vouloir reprendre les dispositions de la loi romaine⁽¹⁾.

Il est vrai que les vieux édits royaux de 1683 et 1764 obligeaient les représentants de la commune, avant d'ester en justice, à consulter l'assemblée générale des habitants et à obtenir son consentement.

(1) Rapport de Prunelle à la Chambre des Députés. *Archives Parlementaires*, 2^e série, t. 81, p. 543.

C'est un peu la même idée qui dictait ces décisions, à savoir la nécessité de protéger certains intérêts contre l'inexpérience ou le zèle intempestif de ceux qui étaient chargés d'administrer la collectivité.

Néanmoins, c'est au cours des travaux préparatoires de la loi de 1837 que notre institution vit le jour. Son acte de naissance est daté du moment où la commission de la Chambre ajouta au projet gouvernemental un article qui devait devenir ultérieurement le paragraphe 3 de l'article 49 de la loi du 18 juillet ⁽²⁾. Ce paragraphe a été remplacé le 5 avril 1884 par l'article 123 qu'il fallait compléter d'ailleurs par les articles 125, 126, 121, paragraphe 2 de la même loi. En 1905, ces textes ont été légèrement modifiés et condensés dans le nouvel article 123 de la loi municipale.

En 1884, les mérites de notre article furent chaudement discutés. Il fallut l'intervention du rapporteur M. Bienvenue-Martin pour qu'il fût inséré dans la nouvelle loi sur l'organisation municipale. M. Bienvenue-Martin déclarait à ce moment que le droit du contribuable pouvait être considéré comme une utile garantie contre les défaillances des conseils municipaux.

La loi du 8 janvier 1905 supprime la tutelle admi-

(2) Art. 49 de la loi du 18 juillet 1837 : « Cependant tout contribuable inscrit au rôle de la commune a le droit d'exercer à ses frais et risques, avec l'autorisation du Conseil de Préfecture, les actions qu'il croirait appartenir à la commune ou section et que la commune ou section préalablement appelée à en délibérer refuserait d'exercer.

La commune ou section sera mise en cause et la décision qui interviendra aura effet à son égard ».

nistrative en matière de procès des communes. L'autorisation sera-t-elle maintenue pour le contribuable exerçant les actions communales ? Sur l'intervention également de M. Bienvenue-Martin, le Sénat craint que les particuliers n'abusent du droit que leur confère l'article 123 et la tradition l'emporta. L'autorisation du Conseil de Préfecture demeure nécessaire.

*
* *

Il existe donc un procédé juridique qui paraît susceptible de sauvegarder des intérêts — dont nous venons de mesurer l'importance — mis en péril par les responsables de l'administration communale : c'est l'article 123 de la loi municipale. Il nous appartient donc maintenant d'étudier son fonctionnement et d'apprécier dans quelle mesure il est susceptible de remplir cette mission.

DEUXIEME PARTIE

LE FONCTIONNEMENT DE L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884

Nous nous proposons de consacrer cette deuxième partie au fonctionnement de l'article 123 de la loi de 1884. Nous étudierons pour cela dans trois chapitres successifs, ses conditions, sa procédure, ses effets.

CHAPITRE IV

Ses conditions

Trois conditions sont mises au jeu de notre institution. Elles se réfèrent respectivement à celui qui prétend agir, à l'action qu'on entend mettre en œuvre, à la Municipalité enfin dont on espère corriger la gestion.

SECTION I

IL FAUT QU'IL S'AGISSE D'UN CONTRIBUABLE INSCRIT AU ROLE DES CONTRIBUTIONS DIRECTES DE LA COMMUNE

Ouvert à trop peu de personnes, l'article 123 restait inefficace; offert à quiconque il devenait dangereux. On évite ce double écueil en le confiant aux contribuables inscrits au rôle des contributions directes de la commune.

a) Ceux qui bénéficient de cette qualité sont extrêmement nombreux. Leur énumération est longue. Elle comprend dans la commune, d'abord tous les

propriétaires ; ils seront toujours nombreux en France ; puis les habitants qui disposent d'un logement à titre gracieux ou onéreux et ceux enfin qui sont soumis à la patente : commerçants et personnes exerçant une profession libérale.

Des rôles sont également émis pour le paiement des taxes dites assimilées : taxes sur les chiens, gardes chasses, domestiques, prestations, etc. Nul doute que ces catégories de contribuables ne puissent se prévaloir des droits de l'article 123.

La complexité comme la perfection de notre système fiscal — quand il s'agit de rechercher les assujettis — ont donc l'avantage, dans le cas particulier qui nous intéresse, d'étendre très largement les possibilités offertes par la loi de 1884.

Des mineurs, des femmes, des étrangers même, peuvent se prévaloir de la loi ⁽¹⁾ car, si la qualité de contribuable est nécessaire, elle est par contre suffisante. Il est indifférent que l'on soit ou non électeur, qu'on habite ou non la commune.

b) Mais si cette catégorie de citoyens est très étendue, elle est d'autre part attachée à la collectivité communale par un lien organique qui justifie son intervention active dans la gestion municipale. Il eût été étrange et dangereux d'admettre en la matière des initiatives émanant d'individus sans attaches suffisantes avec la commune.

A la séance de la Chambre des Députés du 26 février 1884, M. Jules Roche, demandait que la mise en

(1) Cf. Morgand, *op. cit.*, n° 13.75.

œuvre de l'article 123 soit laissée à l'électeur. Cette qualité est également très large, mais la résidence dont elle dépend, ne suffit pas toujours, fût-elle prolongée, à créer avec la collectivité communale des liens de profonde solidarité. Elle est donc loin d'avoir la même force que celle de contribuable.

Cette dernière implique au contraire une grande affinité avec la commune. Le contribuable se désintéresserait-il des affaires publiques et de la politique locale, qu'il n'en participerait pas moins, bon gré, mal gré, par sa fortune, à la gestion des intérêts communaux. Ce lien matériel, pécuniaire, fait du contribuable le membre organique par excellence de la cité. Dans notre droit public, les intérêts d'ordre patrimonial l'emportent sur les considérations morales ou sentimentales ⁽²⁾. C'est cette idée profonde que traduit la faveur dont le législateur entoure ici le contribuable.

Cette question des bénéficiaires de l'article 123 n'est donc guère susceptible de soulever de graves difficultés. Nous verrons que la juridiction statuant sur les demandes en autorisation de plaider exige du requérant la justification de sa qualité. S'il ne la fournit pas, la demande est irrecevable ⁽³⁾.

Mais ce choix ne répond pas seulement à l'esprit général de l'institution en alliant la prudence au libéralisme ; au point de vue plus particulier, le nô-

(2) La théorie de la responsabilité administrative s'arrête à la limite du préjudice moral, qu'elle se refuse à franchir (C. E., 1^{er} juillet 1927, *D.*, 1928, III, 21, note Trotabas).

(3) Conseil d'Etat, 15 janvier 1868, *D. P.*, 70, III, 10.

tre dans cette étude, en ce qui concerne la protection spéciale des contribuables en eux-mêmes, en tant que tels, il n'est pas également sans offrir des possibilités intéressantes.

L'action appartient sans aucun doute, en effet, aux associations légalement constituées, mais l'activité de celles-ci mérite quelques explications.

*
* *

A côté de ces individus isolés, il n'y a aucune raison pour refuser le bénéfice de l'article 123 à des associations, telles que celles d'abonnés à un service public, ou les associations de propriétaires ayant, par exemple, pour but la défense des intérêts d'un quartier ou l'amélioration de la voirie. Constituées conformément aux articles 5 et suivants de la loi du 1^{er} juillet 1901, elles ont qualité pour ester en justice, et le Conseil d'Etat leur a reconnu le droit de former un recours pour excès de pouvoir contre les actes administratifs lésant les intérêts collectifs qu'elles représentent (4). Il leur suffit d'être déclarées et de payer des contributions municipales pour être admises à se prévaloir de l'article 123, car elles ont alors la qualité de contribuable. Ne l'auraient-elles pas que leur président en serait, pratiquement, généralement investi. Ainsi toute l'influence, toutes les ressources de l'association peuvent à l'occasion se dresser contre une compagnie concessionnaire d'un service public pour en obtenir les prestations exigibles. Par le biais

(4) Conseil d'Etat, 21 décembre 1906, *D. P.*, 1907, III, 41. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romier.

de l'article 123 peut donc se trouver stimulé le contrôle indispensable que l'Administration doit exercer sur les services concédés.

Le rôle de ces associations dont le but est strictement limité est donc indéniable, il est même désirable. Il n'en est peut-être pas de même de celui que jouent les associations de contribuables proprement dites.

Ces associations pourraient être appelées en effet à une certaine importance si les autorités responsables ne prenaient pas garde. Pour se donner, aux yeux du public, un nom plus expressif, elles s'intitulent « Syndicats de contribuables » groupés en Fédérations départementales qui forment la « Confédération Générale des Contribuables » avec siège social, service de presse et de propagande très actif utilisant tracts et affiches.

Créée en 1927, la Confédération — qui réunit plusieurs centaines de milliers d'adhérents — a tout de suite entrepris des campagnes très violentes ⁽⁵⁾. Elle prétend vouloir contrôler l'action du Gouvernement et ne se gêne pas pour le menacer d'une grève des contribuables. Il a fallu d'ailleurs sévir contre ces manœuvres et une loi récente punit de prison ceux qui organiseraient par voies de faits, menaces, ou manœuvres concertées le refus collectif de l'impôt.

Les Fédérations départementales ont voulu, de leur côté, agir de la même façon auprès des autorités locales. La progression des dépenses communales leur

(5) Cavalier : La révolte des contribuables, Paris.

a donné souvent l'occasion de faire entendre leurs protestations. Parfois, notamment à Saint-Etienne en 1931, la pression qu'elles ont exercée sur les municipalités a été si vive que les délégués de cette Fédération ont été admis à collaborer à l'élaboration du budget de la ville.

A plusieurs reprises, les Fédérations, entre autres celles de la Côte-d'Or, ont dit ou écrit qu'elles useraient de l'article 123 toutes les fois qu'elles le pourraient. Nous n'avons pourtant pas trouvé jusqu'à ce jour un seul exemple d'un Syndicat de Contribuable exerçant les actions d'une commune dans le cadre de notre article.

En réalité, si les menaces ont été très vivement exprimées, les réalisations ont été minimes. Les Syndicats de Contribuables n'ont pas de programme. L'influence de la politique a considérablement altéré leur action. Au lieu de se cantonner sur le terrain de la technique financière et fiscale, ils ont voulu critiquer l'administration d'adversaires politiques et l'attitude de certains partis. Ils pourraient, néanmoins, constituer s'ils étaient dirigés par des chefs vraiment indépendants, une force avec laquelle les autorités locales moins bien armées que l'Etat devraient compter.

SECTION II

IL FAUT QU'IL S'AGISSE D'UNE ACTION DE LA COMMUNE

Le contribuable peut mettre en œuvre les actions qu'il croit appartenir à la commune ou section de

commune (article 123, § 1). Mais quand la commune possède-t-elle une action ?

Elle n'en sera pas investie de façon abstraite, car l'action n'est jamais une fin en soi. Elle ne se possède pas en elle-même et pour elle-même. Elle ne contient pas le critère de son existence. Elle n'est qu'un corollaire de l'intérêt. « Pas d'intérêt, pas d'action », dit l'adage, et mieux encore: « L'intérêt est la mesure des actions ». Dire : « Il faut qu'il s'agisse d'une action communale », c'est dire en réalité : « Il faut que la commune ait un intérêt dans l'instance qu'on prétend introduire ». C'est cette notion d'intérêt communal que nous allons donc préciser.

Tâche délicate car les appréciations qu'en fait la jurisprudence sont souvent subtiles.

Certes, elle subordonne toujours l'emploi de l'article 123 à l'existence d'un intérêt communal ; mais elle n'exige pas de ce dernier qu'il soit exclusif de tout intérêt personnel au requérant, et celui-ci peut ainsi trouver dans l'action communale un moyen indirect de satisfaire des besoins égoïstes.

L'intérêt de la commune apparaît donc comme nécessaire et suffisant. Cette proposition mérite quelques développements.

*
* *

Il est indispensable en effet que l'intérêt de la commune soit engagé dans l'instance éventuelle pour qu'un contribuable puisse prétendre ester en justice dans le cadre de l'article 123. Quand il est constant qu'aucune des questions soulevées par le requérant

n'intéresse la commune, l'autorisation doit être refusée (6). La collectivité n'ayant pas d'intérêt à introduire elle-même l'instance, on conçoit mal qu'un tiers soit admis à se substituer à elle. Le contribuable ne sera donc jamais reçu à engager, dans le cadre de notre institution, un procès dont l'issue n'importe en aucune façon à la communauté (7).

La commune doit avoir un intérêt dans l'instance éventuelle ; mais un intérêt de quel ordre ? Il est bien évident qu'il ne peut s'agir que d'un droit ou d'un intérêt domanial. Tout ce qui concerne la police générale ou la police municipale reste complètement en dehors des possibilités ouvertes au contribuable par l'article 123. Il est donc nécessaire que soit en jeu un droit ou un intérêt domanial ; c'est par contre suffisant : le requérant n'a pas à établir qu'il a lui-même un intérêt direct et personnel au succès de l'instance (8).

(6) Dijon, Conseil de Préfecture, arrêtés des 9 avril 1921, 30 juillet 1928 et 20 juillet 1932.

(7) La jurisprudence du Conseil d'Etat est constante.

Décret du 9 juillet 1859 : « L'autorisation doit être refusée si l'action n'a d'autre objet que l'intérêt particulier et s'il est constant que la commune n'a aucun droit ni aucun intérêt pour intenter la même action ».

Décret du 9 décembre 1895, *D. P.*, 1897, III, 117 : « ...Un contribuable ne peut être autorisé à ester en justice au nom d'une commune, alors que l'action n'aurait pas d'autre objet que son intérêt particulier, et que la commune n'aurait ni droit ni intérêt pour l'intenter ».

C. E., 21 novembre 1890, *D. P.*, 1892, III, 50. Voir : Chareyre, *Revue Générale d'Administration*, 1891, p. 1107. Soit un marché de travaux publics entre une commune et un concessionnaire. En l'absence d'un désaccord sur l'exécution, un contribuable ne peut agir au nom de la commune pour faire reconnaître, non pas des droits appartenant à celle-ci, mais des droits qui lui appartiendraient personnellement à l'encontre du concessionnaire.

(8) C. E., 7 juillet 1896, *D. P.*, 1898, III, 9.

Ceci ne signifie pas d'ailleurs que le contribuable ne puisse pas agir en justice dans le cadre de notre article quand son intérêt personnel coïnciderait ou irait de pair avec celui de la commune. Mais il est bien évident que l'intérêt du contribuable ne peut être exclusif de celui de la commune sans changer totalement le caractère de l'article 123.

C'est la jurisprudence qui veille à ce que la coexistence de ces deux intérêts — quand ils se présentent — n'empêche pas la mise en jeu de notre institution et qui apprécie l'importance de l'intérêt communal.

Les tribunaux judiciaires sont ainsi parfois amenés à le faire lorsqu'une partie se réclamant d'un droit communal voit soulever par l'adversaire l'exception que n'ont pas été remplies les formalités de l'article 123. Il incombe alors aux juges du fond d'admettre ou de rejeter l'exception. Mais celle-ci ne serait-elle pas soulevée par l'adversaire, que le tribunal n'en pourrait pas moins apprécier souverainement l'existence éventuelle d'un intérêt communal dans l'affaire, pour en déduire la nécessité d'une autorisation tutélaire.

Mais généralement, c'est au Conseil de Préfecture saisi par le requérant d'une demande d'autorisation de plaider qu'il appartient d'apprécier si l'intérêt de la commune dans le procès est certain.

Dans certains cas, cette appréciation n'offre pas de grandes difficultés. Il en est ainsi par exemple, quand, après un jugement rendu sur une action intentée par la commune elle-même, le contribuable demande à être autorisé à interjeter appel, ou encore

à suivre sur un appel que la commune aurait abandonné en raison de la mauvaise volonté ou de la négligence du maire ⁽⁹⁾. Même absence de difficultés dans l'hypothèse où un contribuable sollicite l'autorisation de se pourvoir en Cassation, si la commune se dérobe à l'instant de la procédure où se présente la nécessité de ce pourvoi ⁽¹⁰⁾.

Mais parfois l'examen de la prétention qui est à la base du litige, et l'appréciation de l'intérêt qu'elle peut offrir pour la commune, sont susceptibles de poser des questions de fait très délicates. Nous verrons qu'il n'y a pas là le seul point de fait qui doive être résolu par le Conseil de Préfecture ; mais l'intérêt de la commune étant une condition de la mise en jeu de l'article 123, son appréciation constitue le premier problème, sans caractère contentieux, s'imposant à l'attention de cette assemblée.

SECTION III

IL FAUT QUE LA COMMUNE N'AGISSE PAS

Pour qu'un contribuable, inscrit au rôle des contributions directes communales, puisse mettre en œuvre une action appartenant à la commune, il faut que celle-ci, préalablement appelée à en délibérer « ait refusé ou négligé de l'exercer » (art. 123, parag. 8). Nous étudierons ultérieurement, dans les formalités

(9) Cour d'Appel d'Alger, 10 avril 1895, *D. P.*, 1896, II, 238.

(10) Cassation Civile, 13 mai 1873, *D. P.*, 1873, I, 417.

procédurales, la mise en demeure de la commune. Ce n'est que le moyen pratique de constater l'existence de la condition qui seule nous préoccupe ici : l'inaction de la commune. Quand peut-on dire que la commune, après cette mise en demeure, n'agit pas ?

Certains cas d'espèce ne sont guère susceptibles de soulever des difficultés sérieuses.

Si, sur la mise en demeure qui lui est faite, le Conseil Municipal se met en devoir d'agir directement par l'entremise de son mandataire légal, le maire, ou si le Conseil Municipal a invité le maire à poursuivre, le contribuable ne pourra évidemment pas s'emparer d'une action que la collectivité se décide à utiliser.

Il en sera de même, à plus forte raison, si, devant le contribuable, la commune a déjà intenté une action aux mêmes fins, et formé par exemple devant le Conseil d'Etat, le recours envisagé par le contribuable ⁽¹¹⁾.

Si, après avoir engagé l'action, la commune se désistait, le contribuable ne pourrait pas davantage agir, car la preuve serait faite que la commune n'a ni négligé ni refusé d'intenter l'action.

On peut imaginer encore que postérieurement à l'autorisation du contribuable par le Conseil de Préfecture, la commune décide de mettre fin à son inaction, et qu'aux mêmes fins et avant le contribuable, elle introduise l'instance. La cessation de l'inertie de la commune mettrait un obstacle absolu à la pour-

(11) C. E., 14 mars 1902, *D. P.*, 1903, III, 94.
Cons. d'Etat, 9 décembre 1904, *D. P.*, 1907, III, 17.

suite de l'action du contribuable, bien qu'il ait obtenu l'autorisation nécessaire. Celle-ci est devenue sans objet, et toute juridiction saisie par le contribuable dans ces conditions, devrait en déclarer l'action irrecevable ⁽¹²⁾.

En sens contraire, on s'est demandé si le Conseil de Préfecture pouvait autoriser le contribuable à intervenir dans une instance engagée par la commune. Il n'est pas impossible, qu'en fait, l'intervention du contribuable procure quelque avantage à la commune. Mais aucun texte ne réservant au contribuable ce droit d'intervention, peut-on le déduire de l'article 123 sous la même condition d'autorisation ? ⁽¹³⁾.

Mais le Conseil municipal peut manifester l'intérêt qu'il prend à l'action sans toutefois l'exercer en justice. Il en est ainsi lorsque les difficultés auxquelles le contribuable entend donner une solution judiciaire ont été terminées par une transaction régulièrement approuvée ⁽¹⁴⁾. L'action est alors éteinte par la transaction.

Des difficultés commencent à se dessiner, cepen-

(12) C. E., 14 mars 1902, *D. P.*, 1903, III, 94. L'espèce était la suivante : un contribuable avait été valablement autorisé. Entre l'autorisation et l'introduction d'une instance devant le Conseil de Préfecture, la commune, par un mémoire introductif d'instance déposé au greffe de ce même Conseil de Préfecture, avait introduit une instance aux mêmes fins.

Le Conseil de Préfecture avait cependant déclaré recevable l'action postérieure du contribuable. Le Conseil d'Etat, par l'arrêté précité, a jugé que le Conseil de Préfecture en avait ainsi décidé à tort, l'autorisation donnée au contribuable, et dont il n'avait pas encore usé, étant devenue sans objet.

(13) Dans le sens de la non intervention. C. E., 4 mai 1877, *Recueil*, p. 415. En sens contraire, Nancy, 23 février 1898. Voir *Revue Générale d'Administration*, 1898, t. III, p. 51.

(14) Décret en Conseil d'Etat, 19 novembre 1881, *Recueil*, p. 1056.

dant, dans le cas d'acquiescement, voisin pourtant du précédent (15). On ne peut pas dire ici encore, qu'il y ait inertie du Conseil municipal, mais quand peut-on dire qu'il y a eu acquiescement de sa part ? Suffit-il que le Conseil municipal ait délibéré sur la question et abouti à cette décision qu'il n'y avait pas lieu pour la commune d'intenter l'action ? Semblable délibération peut-elle être considérée comme un acquiescement ? (16). En tout état de cause, l'existence de cette délibération ne fait-elle pas la preuve que la commune ne se désintéresse pas de l'action, imposant ainsi au Conseil de Préfecture un refus d'autorisation ?

Bien souvent, l'attitude du Conseil municipal manquera de netteté, soit par elle-même, soit en considération des circonstances qui l'entourent (17). Le Conseil de Préfecture a été ainsi conduit à examiner cette attitude comme un fait et à l'interpréter dans chaque

(15) (Tribunal Civil de Vervins, 25 mars 1910, *Gaz. du Palais*, 1910, II, 230). Voir *Répertoire Pratique Dalloz*, Supplément, Commune, Nos 842 et 845.

(16) Dans le jugement précité, le Tribunal de Vervins décidait que le Conseil de Préfecture avait donné à tort son autorisation, le Conseil Municipal ayant délibéré sur l'action éventuelle, et l'ayant éteinte par acquiescement.

(17) Les circonstances peuvent être telles qu'une activité manifeste du Conseil Municipal puisse cependant ne pas faire obstacle à l'autorisation du contribuable. Voir par exemple le décret en Conseil d'Etat du 30 mars 1895 (*D. P.*, 1897, V, 116), dont il résulte « qu'il y a lieu pour le Conseil d'Etat d'annuler un arrêté du Conseil de Préfecture refusant à un contribuable l'autorisation d'introduire une action au nom d'une section de commune, lorsque le refus était fondé sur un accord intervenu entre les deux sections en contestations, mais que des doutes sérieux pouvaient s'élever sur la légalité des conditions de cet accord, l'autorisation de plaider étant dans ces circonstances de nature à sauvegarder les droits de la section intéressée, dans le cas où l'accord serait reconnu sans valeur ».

cas particulier. Dans une espèce classique, un contribuable avait sollicité l'autorisation d'exercer une action contre une société d'éclairage électrique. Mais l'instruction ayant établi que le Conseil municipal s'intéressait à la situation et avait engagé des négociations avec la société en vue de l'amener à une meilleure exploitation, le Conseil de Préfecture avait refusé l'autorisation, jugeant que, dans de pareilles conditions la commune ne pouvait être taxée de négligence. Sur pourvoi, l'arrêté fut confirmé par un décret pris en Conseil d'Etat ⁽¹⁸⁾.

Nous sommes donc fondé à dire que la jurisprudence a construit sur le texte de l'article 123 en l'interprétant rationnellement, en élargissant le débat. Dans son sens littéral, l'article 123 signifie que la négligence de la commune résulte du fait brutal de l'absence d'action contentieuse en justice. Par un travail constructif, le Conseil de Préfecture et, au-dessus de lui, le Conseil d'Etat, ont estimé qu'en l'absence d'une action en justice, il n'y avait pas cependant inertie de la commune, si celle-ci avait fait une réclamation quelconque, mis en train quelque démarche, prouvé en un mot qu'elle avait conscience de ses droits et ne les négligeait pas. A une interprétation stricte qui aurait été susceptible de couper court à toutes les difficultés, la jurisprudence a ainsi préféré une conception extensive qui a le mérite de s'attacher de très près à la réalité des faits, mais qui pose des

(18) (Conseil d'Etat, 26 juin 1922, Mériot, *Sirey*, 1924, III, 25, avec une note de Maurice Hauriou).

problèmes d'espèce délicats à résoudre, toutes les fois que, saisi d'une demande d'autorisation par un contribuable, le Conseil de Préfecture doit décider si, sur la mise en demeure, la commune a ou n'a pas négligé d'exercer l'action.

CHAPITRE V

Sa procédure

Les conditions mises par la loi à l'exercice de l'article 123 se trouveraient-elles réunies par un plaideur, que celui-ci ne pourrait néanmoins pas prétendre l'utiliser sans se plier aux règles d'une procédure rigoureuse. On n'a pas voulu que des particuliers puissent sans contrôle, exercer en justice les actions communales ou poursuivre devant les tribunaux la reconnaissance d'un droit de la commune ⁽¹⁾.

De ces formalités procédurales, celle à laquelle s'at-

(1) L'organisation de ce contrôle traduit bien d'ailleurs les réserves que suscite à son époque l'innovation du législateur de 1837. Elle ne fut pas sans rencontrer une vive opposition auprès d'une fraction de la Chambre des Députés.

A la séance du 17 mai 1833, Vivien disait qu'il y avait lieu de craindre que les particuliers n'engagent à la légère des procès compromettants pour les droits des communes (*Archives Parlementaires*, 2^e série, t. LXXXIII, p. 723).

Thiers justifiait, dans son exposé du 27 janvier 1936, par le désir d'éviter les chicanes, les formalités dont le législateur se disposait à entourer le droit d'action en justice du contribuable (*Archives Parlementaires*, 2^e série, t. X, p. 745).

M. Jules Roche, à la Chambre en 1883, et M. Léon Clément, au Sénat, exprimaient les mêmes craintes au sujet du futur article 123 (*Officiel*, 1883, Débats parlementaires, Chambre, p. 403, Sénat, p. 676).

Le droit d'action du contribuable ne fut pas moins sévèrement jugé par une partie de la doctrine. Cormenin, dans l'édition de ses « Questions du droit administratif », contemporaine de la loi de 1837, écrivait que cette disposition de la loi communale était mauvaise, tendant à confondre les pouvoirs et à porter le trouble dans les communes (Cormenin, Question de droit administratif, 5^e édition, 1837, p. 295).

tachent à la fois la plus grande importance et le plus gros intérêt, c'est évidemment la nécessité pour le contribuable d'obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture. Cette décision est elle-même susceptible d'une voie de recours devant le Conseil d'Etat dans certaines conditions.

Mais auparavant, le plaideur devra mettre en demeure le Conseil municipal (la loi dit improprement « la commune ou section ») d'avoir à délibérer sur l'action qu'il se propose de soutenir et adresser au Conseil de Préfecture un mémoire préalable.

Quand l'autorisation sollicitée du Conseil de Préfecture est accordée, elle peut être subordonnée à la consignation préalable des frais d'instance. De toute façon, enfin, la commune doit être mise en cause.

Nous étudierons donc successivement :

1° Les formalités préalables à l'autorisation du Conseil de Préfecture.

2° L'autorisation du Conseil de Préfecture.

3° Les voies de recours contre la décision du Conseil de Préfecture.

4° Les formalités postérieures à l'autorisation du Conseil de Préfecture.

SECTION I

LES FORMALITES PREALABLES A L'AUTORISATION DU CONSEIL DE PREFECTURE

Les formalités préalables à l'autorisation du Conseil de Préfecture sont la mise en demeure du Con-

seil municipal et le mémoire préalable du contribuable.

1° MISE EN DEMEURE DU CONSEIL MUNICIPAL

La loi municipale du 5 avril 1884, en exigeant que préalablement à toute action en justice par le contribuable, « la commune ait été appelée à en délibérer », a consacré et codifié une règle constamment suivie jusqu'alors par la jurisprudence.

Il suffit d'une simple lettre recommandée par laquelle à défaut d'une décision dans un délai raisonnable, le contribuable déclare qu'il présentera une requête au Conseil de Préfecture aux fins d'autorisation.

Il faudra que le Conseil municipal délibère valablement et notamment que sa délibération soit prise par un nombre de membres correspondant aux exigences de la loi, dans l'hypothèse où il serait soutenu par la suite que, sur la mise en demeure, le Conseil municipal n'est pas resté inactif.

Si le principe de cette disposition est simple, sa mise en œuvre pratique et surtout l'appréciation de l'attitude du Conseil municipal, après la mise en demeure dont il est l'objet, sont la source de difficultés nombreuses. C'est devant le Conseil de Préfecture, saisi par le contribuable d'une demande d'autorisation, que se posera la question de l'appréciation de cette attitude : elle entrera pour une part dans sa décision d'accorder ou de refuser l'autorisation. Nous exposons donc ici cette mise en demeure

après avoir examiné dans le chapitre précédent les différentes attitudes que peut adopter le Conseil municipal et en nous réservant l'étude des conséquences de ces attitudes quand nous parlerons de l'autorisation du Conseil de Préfecture.

2° MÉMOIRE PRÉALABLE DU CONTRIBUABLE

« Le contribuable adresse au Conseil de Préfecture
« un mémoire détaillé dont il lui est délivré récé-
« pissé. Le préfet transmet immédiatement ce mé-
« moire au maire, en l'invitant à le soumettre au
« Conseil municipal spécialement convoqué à cet ef-
« fet. Le délai de convocation peut être abrégé » (art.
123, parag. 2).

Le dépôt de ce mémoire est indispensable pour que le Conseil de Préfecture puisse autoriser un contribuable à ester en justice. En dehors d'un dépôt préalable de mémoire, le Conseil de Préfecture ne pourrait donner qu'une autorisation d'office qui lui est interdite (2).

La loi exige de plus que ce mémoire soit détaillé. Si cette condition n'est pas remplie, le Conseil sera en droit de rejeter la demande d'autorisation (Arrêtés

(2) Un argument d'analogie peut être tiré dans ce sens d'un arrêt du Conseil d'Etat, en date du 24 juin 1898, qui annule l'arrêt d'un Conseil de Préfecture autorisant une commune à intenter une action devant le Tribunal Civil, en l'absence de toute demande à cette fin formée devant lui par la commune. Conseil d'Etat, 24 juin 1898, *D. P.*, 1899, III, 98.

du Conseil Interdépartemental de Dijon en date du 4 avril 1932 et 22 juin 1932) ⁽³⁾.

Avant de statuer dans le délai qui lui est imparti par le paragraphe 3 de l'article 123, le Conseil de Préfecture doit attendre que le Conseil municipal ait été convoqué et saisi du mémoire. Une décision anticipée serait susceptible d'annulation.

SECTION II

L'AUTORISATION DU CONSEIL DE PREFECTURE

Le contribuable a mis en demeure le Conseil municipal de délibérer sur l'action qu'il se propose d'introduire en justice et il a adressé au Conseil de Préfecture un mémoire détaillé destiné à être transmis par le préfet au Conseil municipal. Il s'agit dès lors pour le plaideur, qui entend persévérer dans la voie de l'article 123, d'obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture.

Cette intervention du Conseil de Préfecture revêt le caractère spécial d'une « autorisation ». Ce n'est donc, en aucune façon un acte de juridiction contentieuse, mais un acte de tutelle administrative ⁽⁴⁾ qui, sans préjuger du fond du procès, est destiné à habili-

(3) « Considérant que le mémoire du sieur D... ne contient pas de précisions suffisantes, qu'il y a lieu, en conséquence, par le Conseil de le déclarer irrecevable ».

(4) Interprétation constante du Conseil d'Etat (Voir notamment, Conseil d'Etat, 13 novembre 1931, dans la *Gazette du Palais* de 1932, I, 355, et dans le S., 1933, III, 47).

ter le contribuable à ester en justice, de la même manière que, dans la vie civile, l'autorisation du Conseil de famille ou l'autorisation maritale habilite le tuteur ou la femme mariée à accomplir certains actes.

Cette ingérence de la tutelle administrative dans la procédure de l'article 123 relève de circonstances et de considérations avant tout historiques.

Avant la loi du 8 janvier 1905, toutes les actions en justice dans lesquelles intervenait une commune étaient soumises à l'autorisation du Conseil de Préfecture, dont l'arrêté était incontestablement un acte de tutelle. Le contrôle de l'administration supérieure se manifestait ainsi, qu'il s'agisse d'une action intentée directement par une municipalité, ou d'une action introduite pour le compte de celle-ci par un particulier.

La loi de 1905 a cru devoir abolir la nécessité de cette autorisation pour les actions en justice introduites par la commune, mais elle n'a pu avoir pour effet de changer le caractère de l'autorisation dans le cas où elle l'a laissé subsister, c'est-à-dire dans l'hypothèse de l'article 123. L'arrêté du Conseil de Préfecture était un acte de tutelle administrative et il l'est certainement demeuré.

Cette qualité domine l'autorisation elle-même, ainsi que le recours dont elle peut faire l'objet. Des conséquences immédiates peuvent en être tirées :

Il résulte tout d'abord de ce caractère tutélaire de la décision du Conseil de Préfecture, que cette décision, quelle qu'elle soit, n'étant en aucune façon un

acte de juridiction, contentieuse, n'est pas susceptible d'acquérir l'autorité de la chose jugée et peut être rétractée sous certaines conditions.

Un premier refus ne fait pas obstacle à ce que postérieurement, sur une nouvelle demande du contribuable, le Conseil de Préfecture accorde cette fois l'autorisation sans qu'il soit besoin, dans cette seconde décision, de déclarer annulée la première.

Dans le même esprit, un précédent refus ne saurait constituer pour le Conseil de Préfecture un motif suffisant pour le dispenser de statuer sur une nouvelle demande.

Dans le délai de deux mois, le Conseil de Préfecture pourrait successivement accorder puis refuser l'autorisation ; dans la rigueur des principes tout au moins. Mais encore faudrait-il que la rétraction intervienne dans le délai de deux mois ; faute de quoi le Conseil de Préfecture se trouverait dessaisi.

Il y aurait cependant à cette possibilité de rétractation une condition : c'est qu'elle ne soit pas de nature à léser un droit acquis. Il en serait ainsi si le contribuable avait déjà engagé l'instance devant le juge du fond, et à plus forte raison, si le juge du fond avait déjà statué. En rétractant l'autorisation dans de pareilles conditions, le Conseil de Préfecture empièterait sur le pouvoir judiciaire. Ce que pourrait faire par contre le Conseil de Préfecture sans empiéter sur le pouvoir judiciaire, ce serait d'opposer son refus à une nouvelle demande du contribuable, désireux d'interjeter appel de la décision des juges de première instance.

Il en résulte encore que la décision du Conseil de Préfecture est soustraite au contrôle de l'autorité judiciaire. Celle-ci est tenue de la constater et de tirer de son existence toutes les conséquences que la loi y a attachées ; sauf le cas échéant, à renvoyer les parties devant l'autorité administrative pour en faire apprécier la validité ou en faire apprécier le sens et la portée. Mais si l'arrêté est clair et d'une interprétation facile, il appartient à l'autorité judiciaire d'en faire état et de le prendre pour base de sa décision. Le principe de la séparation des pouvoirs se trouve satisfait.

Il en résulte enfin que, l'acte de tutelle ne pouvant avoir qu'une portée restreinte, la décision du Conseil de Préfecture n'intéresse, dans le cadre de l'article 123, que le contribuable qui la provoque, la collectivité au nom de laquelle il agit et l'adversaire du contribuable au procès futur dans une certaine mesure. C'est dire qu'à l'égard de tous les autres, cette décision est sans effet, et que les tiers ne sont fondés à l'attaquer, ni par la voie de l'appel devant le Conseil d'Etat, ni par celle de la tierce opposition.

Examinons successivement les caractéristiques techniques et le fondement de l'autorisation du Conseil de Préfecture.

§ 1. — LES CARACTÉRISTIQUES TECHNIQUES

Pour quelles actions en justice l'autorisation du Conseil de Préfecture est-elle nécessaire ? A quel moment de l'instance doit-elle intervenir ? Dans quels

délais le Conseil de Préfecture est-il tenu de statuer sur la demande du contribuable ? Le défaut d'autorisation et son caractère d'ordre public. La compétence exclusive du Conseil de Préfecture dans l'exercice de cette fonction de tutelle administrative. Les formes, rédaction et contenu de la décision du Conseil de Préfecture. Autant de questions qu'il nous faut étudier et éclairer.

1° *La nécessité générale de l'autorisation*

Pour quelles actions en justice l'autorisation du Conseil de Préfecture est-elle nécessaire ? En organisant le droit du contribuable « d'exercer les actions qu'il croit appartenir à la commune », l'article 123 n'a fait aucune distinction. De la rédaction extrêmement large de la loi, il faut conclure que l'autorisation du Conseil de Préfecture est toujours nécessaire, qu'il s'agisse d'actions personnelles, réelles, ou mixtes, et encore d'actions mobilières ou immobilières. Il n'y a pas lieu davantage de faire une discrimination entre les juridictions devant lesquelles l'action peut être portée : Conseil d'Etat par l'exercice du recours pour excès de pouvoirs ⁽⁵⁾, tribunaux civils et tribunaux

(5) La jurisprudence a toujours considéré l'autorisation comme nécessaire pour plaider devant les tribunaux administratifs (Cons. d'Etat, 15 janvier 1868, *D. P.*, 1870, III, 10) (Cons. d'Etat, 20 février 1868, *D. P.*, 1870, III, 10) (Cons. d'Etat, 1^{er} juin 1871, *D. P.*, 1871, III, 81).

(Voir le discours de M. Léon Clément sur l'article 123, au moment de la discussion de la loi de 1884 et également *D. P.*, 1884, IV, 59, note sous l'article 123).

C'est donc par erreur que l'opinion contraire a été exprimée devant le Sénat par le rapporteur de la loi de 1884 sur l'état de la jurisprudence (*Journal Officiel*, 13 mars 1884, Débats parlementaires, Sénat).

de commerce, ou encore juridictions répressives si le contribuable entend se porter partie civile dans une poursuite en cours ou poursuivre directement par citation directe en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police.

Cependant, certaines interventions du contribuable qui bien que faites dans l'intérêt de la commune, ne sont néanmoins pas susceptibles de l'engager, n'exigent pas l'autorisation préalable du Conseil de Préfecture. Sans autorisation, le contribuable peut faire un acte conservatoire, tel qu'une saisie-arrêt ; l'acte conservatoire n'est en effet que le préliminaire d'une action ultérieure qui fera l'objet d'une demande d'autorisation. Il en est de même pour une action en référé : l'ordonnance de référé ne peut préjudicier au principal ; cette solution était acquise pour la commune avant la loi du 8 janvier 1905, en considération de l'urgence qui s'attache au référé, et vaut actuellement pour le contribuable dans les conditions de l'article 123 (6).

La nécessité de l'autorisation n'en garde pas moins son caractère d'extrême généralité, sous cette réserve toutefois que l'autorisation accordée, en vertu du principe que l'accessoire suit le sort du principal, emporte celle de suivre toutes les instances incidentes à l'action principale. Mais quand le jugement intervenu sur l'action introduite par le contribuable avec autorisation ne lui a pas été favorable, le dernier paragraphe de l'article 123 (loi du 8 janvier 1905), lui

(6) Dans le même esprit, le maire peut venir devant le juge des référés sans autorisation du Conseil Municipal.

fait une obligation d'obtenir une nouvelle autorisation pour interjeter appel ou se pourvoir en cassation (7). La loi de 1905 a introduit cette disposition expresse dans l'article 123, alors que dans la jurisprudence antérieure à 1905 l'interprétation inverse prévalait. Ce faisant, le législateur a étendu au contribuable la règle que l'ancien article 121, parag. 2, appliquait à la commune, quand celle-ci était soumise, pour plaider, à l'autorisation du Conseil de Préfecture. Nous restons donc certainement dans l'esprit de la loi de 1905 si nous étendons aujourd'hui au contribuable les solutions admises autrefois à l'égard de la commune pour l'interprétation de cette disposition, et notamment dans l'hypothèse où le contribuable ayant gain de cause, l'appel est interjeté par son adversaire.

Sous le règne de la loi du 16 juillet 1837 (article 49, parag. 2) la jurisprudence avait admis que la commune pouvait, sans autorisation nouvelle, défendre sur l'appel d'un jugement rendu à son profit (8). L'article 121, parag. 2, de la loi du 5 avril 1884 n'a pas condamné cette jurisprudence. Or le paragraphe dernier de l'article 123 est calqué sur l'ancien paragraphe 2 de l'article 121 de la loi de 1884. Nous sommes

(7) Rappel de cette obligation légale dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux du 12 mars 1907 (*Sirey*, 1907, II, 125).

(8) Voir Reverchon : « Des autorisations de plaider nécessaires aux communes et aux établissements publics », 2^e édition, Paris, 1853, p. 33.

Sanlaville : « De la représentation juridique et de la défense des intérêts communaux », *Revue Générale d'Administration*, 1902, t. III, p. 14.

Berthélémy : « Traité de droit administratif », 2^e édition, p. 520.

en droit d'en tirer cette conséquence que le contribuable peut valablement sans autorisation nouvelle, défendre à l'appel formé par son adversaire. La même solution s'impose en ce qui concerne la défense à un pourvoi en Cassation.

*2° Le moment de l'instance où doit intervenir
l'autorisation*

A quel moment de l'instance sur le fond l'autorisation du Conseil de Préfecture doit-elle intervenir ? Le législateur ne l'a pas précisé mais son intention évidente a été que l'autorisation fut préalable à l'introduction de l'instance.

Cependant, prenant prétexte du silence du texte, la jurisprudence, inspirée par des considérations pratiques, s'est prononcée dans l'esprit le plus large. Les tribunaux ont admis que l'autorisation accordée en cours d'instance avait pour effet de valider la procédure antérieurement suivie, soit qu'elle intervienne au cours de la procédure de première instance, soit qu'elle intervienne en appel (9).

En vertu de cette jurisprudence, l'obligation légale d'une nouvelle autorisation pour interjeter appel apparaît singulièrement atténuée. Le contribuable pourra sans autorisation nouvelle engager son appel, il suffit que l'autorisation intervienne au cours de l'instance d'appel. De même, il pourrait, en vue d'éviter une déchéance, former un recours devant le Con-

(9) (Cour d'Appel de Limoges, 8 juin 1891, *D. P.*, 1892, II, 402).
(Cour d'Appel de Grenoble, 27 mai 1844, *D. P.*, 1845, IV, 91).

seil d'Etat avant de demander l'autorisation nécessaire au Conseil de Préfecture. Le recours sera valable pourvu que le contribuable justifie ultérieurement d'une décision favorable du Conseil de Préfecture. Cette interprétation, par ailleurs constante, est fort ancienne ⁽¹⁰⁾. La Cour de Cassation a toujours jugé que l'absence d'autorisation était couverte si l'autorisation intervenait avant que le jugement définitif ne fût rendu ⁽¹¹⁾.

L'autorisation tardive de plaider rétroagit au jour de l'assignation et la régularise. Si c'est au contraire un refus d'autorisation qui intervient en cours d'instance, les actes de procédure faits par le contribuable sont considérés comme nonavenus.

Pendant l'instance, le contribuable non encore autorisé pourrait demander un sursis pour être habilité, surtout s'il justifie qu'il a déjà formé sa demande d'autorisation et que celle-ci est encore pendante. Toutefois, dans un cas d'espèce, la Chambre des requêtes a décidé que l'action du contribuable devait être déclarée irrecevable, et que les premiers juges avaient valablement refusé de surseoir jusqu'à la décision du Conseil de Préfecture alors même que la demande d'autorisation se trouvait effectivement formée, motif pris de ce que le demandeur avait déjà obtenu plusieurs remises et était volontairement resté dans une inaction prolongée ⁽¹²⁾.

(10) (Cons. d'Etat, 1^{er} septembre 1860, *D. P.*, 1861, III, 37).

(11) (Cassation Civile, 1^{er} mars 1848, *D. P.*, 1848, I, 37) (Cassation Civile, 4 janvier 1859, *D. P.*, 1859, I, 177).

(12) (Chambre des Requêtes, 6 janvier 1867, *D. P.*, 1868, I, 342).

*3° Les délais impartis du Conseil de Préfecture
pour statuer sur la demande d'autorisation*

Du jour où le contribuable introduit une demande d'autorisation auprès du Conseil de Préfecture, dans quels délais celui-ci doit-il prendre une décision ?

Celle-ci doit intervenir dans le délai de deux mois à dater du dépôt de la demande, c'est-à-dire de sa réception au greffe du Conseil de Préfecture (art. 123, parag. 3). Si le Conseil de Préfecture ne statue pas dans le délai de deux mois, le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil d'Etat (art. 123, parag. 4). C'est-à-dire que l'expiration du délai légal sans décision ne vaut pas autorisation. Cette solution qui était admise avant la loi de 1905, résulte à l'évidence du paragraphe 4 actuel. A défaut de décision dans le délai, que le Conseil de Préfecture soit simplement dessaisi ou que l'on considère son silence comme un rejet, le contribuable a la faculté de se pourvoir en Conseil d'Etat.

Que décider au cas où le Conseil de Préfecture statue après l'expiration de deux mois ? Dans le cas d'un refus d'autorisation, le contribuable pourrait certainement poursuivre l'annulation de cet arrêté devant le Conseil d'Etat. Mais dans le cas de décision favorable au contribuable, la partie adverse pourrait-elle à son tour se pourvoir devant le Conseil d'Etat ? La voie du recours administratif de l'article 123 lui est certainement fermée à raison du caractère de tutelle administrative de l'autorisation contestée. Quant au recours pour excès de pouvoir, il est irrecevable,

faute d'intérêt : un acte de tutelle ne saurait en principe préjudicier aux tiers.

Aucun délai légal ne s'impose par contre au contribuable muni de l'autorisation sollicitée, dans lequel il soit tenu d'intenter l'action qu'il envisage. Mais on pourrait supposer que le Conseil de Préfecture ait fixé dans sa décision un délai qui, une fois dépassé, placerait le contribuable dans l'obligation de demander une nouvelle autorisation. En dehors de cette hypothèse exceptionnelle, il y a, pour le demandeur autorisé, liberté absolue d'introduire son action au moment qui lui paraîtra le plus particulièrement opportun.

4° Le défaut d'autorisation et son caractère d'ordre public.

Supposons qu'un contribuable, à la suite d'un refus du Conseil de Préfecture, ou par négligence, ou par méconnaissance des conditions d'exercice de l'article 123, entende se prévaloir de ce dernier et plaider devant les tribunaux sans avoir obtenu l'autorisation du Conseil de Préfecture. Ce défaut d'autorisation constitue une exception que l'adversaire du contribuable pourra lui opposer.

Celui qui invoque cette exception, soit comme fin de non recevoir tirée de l'incapacité du contribuable devant les premiers juges, soit comme moyen de Cassation devant la Cour suprême, doit rapporter, semble-t-il, un certificat négatif du Conseil de Préfecture. Il ne suffirait pas d'établir que le jugement ou l'arrêt ne mentionne pas l'autorisation. Celle-ci

est en effet une formalité extrinsèque dont la mention n'est pas exigée, à peine de nullité, dans la décision judiciaire. Cependant si, à l'absence de mention, s'ajoutaient des circonstances tendant à prouver que l'autorisation n'a jamais été donnée, la Cour de Cassation pourrait en tirer cette conclusion que l'autorisation n'est à aucun moment intervenue, et admettre ce défaut comme un moyen de cassation.

Il n'est pas sans intérêt d'envisager l'hypothèse dans laquelle l'adversaire du contribuable ne fait pas état, pour s'en prévaloir à titre d'exception, de l'absence d'autorisation. Cette hypothèse fait surgir un certain nombre de difficultés. Pour les résoudre, il faut se souvenir que le contribuable plaide toujours, dans quelque mesure que ce soit, dans l'intérêt de la commune.

Donc, en cas d'inexistence de l'autorisation, il semble que l'on puisse appliquer au contribuable non autorisé, les solutions admises, avant la loi de 1905, quant au défaut d'autorisation de la commune elle-même. La nullité résultant de l'absence d'autorisation était considérée non comme une nullité d'exploit ou d'acte de procédure, mais comme une exception de fond tirée de l'incapacité de la commune d'ester en justice sans autorisation, et ayant un caractère d'ordre public. On admettait en conséquence que, faute par le contribuable de se prévaloir de cette exception, le moyen pouvait être soulevé d'office par le juge ⁽¹³⁾. Pas d'obstacles, par ailleurs, à

(13) (Cassation Civile, 30 juillet, 1861, *D. P.*, 1861, I, 322).

ce que la commune invoquât elle-même son incapacité : elle n'était pas tenue de le faire « in limine litis » et pouvait prendre cette attitude en tout état de cause, soit pour la première fois en appel, soit même devant la Cour de Cassation ⁽¹⁴⁾. Ces solutions paraissent devoir être appliquées au contribuable non autorisé ⁽¹⁵⁾.

Quand l'adversaire du contribuable fait état de l'absence d'autorisation, il peut invoquer cette fin de non recevoir tant en première instance qu'en appel, avant que le procès ne soit tranché par une décision définitive. L'interprétation est constante. Mais pourrait-il soulever ce même moyen pour la première fois devant la Cour de Cassation ? Quand il s'agissait de la commune avant la loi de 1895, la jurisprudence répondait que le moyen n'était d'ordre public devant la Cour de Cassation que s'il était proposé par la commune, et qu'il perdait ce caractère quand il était soulevé par l'adversaire dans son seul intérêt privé : l'exception ne pouvait donc être invoquée pour la première fois par la partie adverse, devant la Cour de Cassation ⁽¹⁶⁾.

Si la commune, par suite de l'existence de la tutelle administrative, était dans la situation d'un inca-

(14) (Cassation Civile, 26 avril 1853, *D. P.*, 1855, I, 456).

(Cassation Civile, 5 novembre 1879, *D. P.*, 1880, I, 460).

(15) La commune étant une incapable au sens des articles 1123 et 1125 du Code Civil, on lui accordait une action en rescision des actions qu'elle avait suivies sans autorisation. Le contribuable non autorisé l'aurait-il ? La question ne paraît jamais s'être posée en jurisprudence.

(16) (Cassation, Chambre des Requêtes, 25 juillet 1899, *D. P.*, 1900, I, 553).

pable, ou estimait par ailleurs que sa situation présentait avec celle du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, cette différence que la tutelle administrative est organisée dans l'intérêt de la bonne marche du service communal et non dans l'intérêt particulier de la personne juridique qui y était soumise, on en concluait, en matière d'autorisation de plaider, que le moyen tiré du défaut d'intervention du conseil de préfecture était d'ordre public dans les seules hypothèses où il était invoqué par la commune. Cette solution était étendue au cas où l'action communale était exercée par le contribuable. « L'autorisation, nécessaire au contribuable pour agir, écrivait M. Béquet, et qui doit être donnée par le Conseil de Préfecture, est de même nature et de même origine que celle qui est imposée à la commune ; cette autorisation doit être considérée comme produisant des effets identiques » ⁽¹⁷⁾.

L'interprétation admise avant la loi de 1905 s'imposerait aujourd'hui sans difficultés dans un procès mettant aux prises, avec un adversaire, un contribuable non autorisé. Pour ce dernier, le défaut d'autorisation constituerait un moyen d'ordre public, qu'il pourrait lui plaire de soulever même pour la première fois devant la Cour de Cassation. Mais pour la partie adverse ce même moyen perd son caractère d'ordre public, et s'il peut être invoqué à titre d'exception, devant les juges de première ins-

(17) Béquet : « Répertoire de droit administratif », Voir : Commune, n° 2968. Voir dans ce sens Cassation Civile, 8 juin 1869, (*D. P.*, 1869, I, 303).

tance et d'appel, il ne pourrait être proposé pour la première fois devant la Cour de Cassation : cette interprétation paraît commandée par les principes mêmes de la tutelle administrative, et de sa manifestation particulière, à l'égard du contribuable dans le cadre de l'article 123, par l'autorisation du Conseil de Préfecture.

5° *La compétence exclusive du Conseil de Préfecture pour accorder l'autorisation.*

Compétent pour exercer cette fonction de tutelle administrative, le Conseil de Préfecture l'est de façon exclusive. Lui seul a la faculté de statuer sur la demande d'autorisation du contribuable, à l'exclusion du préfet et de l'administration supérieure ⁽¹⁸⁾.

Il faut en déduire que le préfet ne pourrait, sans excès de pouvoirs, refuser de soumettre au Conseil de Préfecture une demande en autorisation de plaider.

Le Conseil d'Etat a jugé qu'il ne pourrait, au contentieux, se substituer au Conseil de Préfecture : quand un Conseil de Préfecture, par une fausse application de l'article 123, déclare qu'il n'y a pas lieu de statuer sur la demande d'un contribuable sollicitant une autorisation pour former un pourvoi devant le Conseil d'Etat, celui-ci saisi néanmoins du recours du contribuable, après avoir constaté la décision du Conseil de Préfecture et reconnu qu'il y aurait eu lieu de statuer sur la demande d'autorisa-

(18) (Conseil d'Etat, 23 juillet 1875, *D. P.*, 1876, III, 28).

tion, doit renvoyer le requérant au Conseil de Préfecture pour qu'il y soit statué sur la demande et surseoir à juger au fond jusqu'à la décision de cette juridiction (19).

Seul compétent pour décider de l'autorisation, le Conseil de Préfecture doit se prononcer d'une façon nette, pour ou contre la demande dont il est saisi. Estimant, par exemple, que le requérant sollicite à tort une autorisation de plaider devant les tribunaux de droit commun alors que ceux-ci n'auraient pas compétence, il ne pourrait en prendre prétexte pour se déclarer incompétent : dans une semblable hypothèse, le Conseil de Préfecture devrait refuser l'autorisation. Sortirait encore de son rôle le Conseil de Préfecture qui, dans la même hypothèse, en considération de l'incompétence des tribunaux judiciaires et de sa propre compétence sur le fond, évoquerait la contestation pour se prononcer à son sujet, on en joindrait aux parties de plaider devant lui.

A quel examen de l'affaire doit procéder le Conseil de Préfecture, et quelles difficultés peut-il rencontrer dans sa tâche ? Ces questions feront l'objet de développements prochains. Mais au terme de cet

(19) (Conseil d'Etat, 1^{er} juin 1870, dans *D. P.*, 1871, III, 81).

Dans cette hypothèse, le Conseil de Préfecture déclarait qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande formée par le contribuable. Celui-ci pourrait considérer cette déclaration comme un refus et se pourvoir devant le Conseil d'Etat en la forme administrative prévue par l'article 123.

Le Conseil d'Etat devrait alors, par décret, annuler cet arrêté, en tant qu'il aurait refusé de statuer au fond sur la demande du requérant. (Décret du Conseil d'Etat du 27 mai 1867, cité dans *D. P.*, 1871, sous Cons. d'Etat, 1^{er} juin 1870, par l'annotateur de cet arrêt).

examen, le Conseil de Préfecture a compétence exclusive pour accorder ou refuser l'autorisation. Là se borne son rôle et il ne saurait dépasser le cadre de ces deux décisions car, ce faisant, il ne risque pas d'engager le fond du litige, qui doit lui rester étranger (20).

6° Les formes, rédaction et contenu de la décision du Conseil de Préfecture.

Le Conseil de Préfecture statue comme en matière administrative, c'est-à-dire en séance non publique et sans débat oral. Néanmoins il est d'usage qu'il accueille tous mémoires qui seraient produits par le contribuable et son adversaire.

Si l'arrêté accorde l'autorisation, celle-ci doit être aussi précise que possible. Par conséquent l'autorisation doit être spéciale quant à la détermination du juge. Il n'y a pas de difficultés à admettre cependant que l'autorisation de plaider devant le Tribunal civil comprend celle de plaider devant les tribunaux de commerce. Spéciale également quant à l'objet de la contestation, l'autorisation ne saurait pas davantage être vague à l'égard des parties contre lesquelles plaidera le contribuable, qu'à l'égard des biens ou des droits qu'il s'agit de revendiquer.

(20) Par une comparaison qui, sans s'imposer, n'est pas dépourvue de tout intérêt, on peut rapprocher ce rôle du Conseil de Préfecture de celui des Bureaux d'Assistance Judiciaire qui, statuant sur les demandes qui leur sont présentées, apprécient en fait l'indigence du requérant, et recherchent par ailleurs si l'objet de la contestation est sérieux, sans toutefois préjuger le fond du procès.

L'autorisation enfin doit viser tous les chefs de la demande d'autorisation auxquels elle s'applique. Mais le Conseil de Préfecture pourrait limiter son autorisation à quelques chefs seulement de la demande, présentant seuls des chances de succès, et n'accorder qu'une autorisation partielle.

L'arrêté portant autorisation ne doit pas être motivé ; l'existence des motifs dans l'arrêté ne pourrait cependant, semble-t-il, entraîner une nullité.

Par contre, quand l'autorisation est refusée, la décision doit être motivée (art. 123, parag. 3). Dès avant la loi du 5 avril 1884, la jurisprudence en décidait ainsi ⁽²¹⁾. Cette obligation de motiver a son intérêt pour le contribuable. Le Conseil de Préfecture peut par ce moyen lui faire connaître, que le refus opposé à sa demande est temporaire, non absolu, et que par la suite, avec des moyens différents ou mieux préparés, il pourra à nouveau solliciter la même autorisation. L'arrêté de refus peut également signaler au contribuable par ses motifs, qu'il a commis une erreur sur la compétence.

Mais il convient au Conseil de Préfecture d'observer dans ses motifs une grande réserve, pour éviter une opposition éventuelle avec les décisions d'une autre juridiction, et surtout pour satisfaire à l'obligation de ne pas préjuger du fond du procès : question de nuances assez délicate pratiquement. Il y a là une observation que nous serons amenés à répéter et qui domine la tâche dans laquelle nous allons suivre le Conseil de Préfecture.

(21) (Conseil d'Etat, 26 janvier 1880, *Recueil*, p. 1090).

§ 2. — FONDEMENT DE LA DÉCISION DU CONSEIL
DE PRÉFECTURE

Le Conseil de Préfecture doit se livrer à un triple examen. Il veille d'abord au respect des conditions de légalité mises au jeu de l'article 123 ; il lui faut successivement ensuite apprécier les chances de l'action et son opportunité.

a) *Respect des conditions de légalité mises au jeu de l'article 123.*

Trois conditions, nous l'avons vu, sont mises au jeu de notre institution. Elles se réfèrent respectivement à celui qui prétend agir, à l'action qu'on entend mettre en œuvre, à l'attitude de la municipalité dont on espère corriger la gestion.

Le Conseil de Préfecture, avant d'aller plus loin dans l'examen de l'affaire à lui soumise à fin d'autorisation, doit s'assurer de la réunion, par le requérant, des conditions exigées. Il vérifiera la qualité de contribuable de celui qui prétend agir, le caractère communal de l'action qu'on entend mettre en œuvre, l'inaction de la municipalité malgré sa mise en demeure préalable. Nous avons antérieurement analysé les directives dont il s'inspire pour le faire.

Mais ce premier examen se serait-il révélé favorable à l'autorisation du contribuable, que celle-ci ne serait pas pour autant accordée. L'instance envisagée doit en effet présenter certaines chances de succès. Le Conseil de Préfecture les appréciera alors.

b) *Chances de succès offertes par l'action.*

C'est sur elle que va se porter désormais l'attention du Conseil de Préfecture. Mais cette appréciation du sort éventuel de l'instance ne va-t-elle pas à l'encontre du principe qui lui interdit de connaître du fond de l'affaire ? Il y a là un problème de nuances auquel on ne peut apporter que des solutions approximatives. Sans doute le Conseil de Préfecture ne doit-il pas préjuger du fond du litige. Il lui faut bien cependant ne pas se contenter d'un examen superficiel, s'il entend subordonner son autorisation aux possibilités de réussite présentées par l'action. Sa décision risquerait autrement d'être arbitraire. Elle dépend en général des titres produits par le contribuable et de leur valeur.

Si le contribuable produit des titres dont la valeur incontestable ne permet pas de mettre en doute l'issue favorable de l'instance, le Conseil de Préfecture l'autorisera à agir.

Si, au contraire, il ne présente aucune pièce ou se prévaut d'un titre contestable, l'autorisation lui sera généralement refusée ⁽²²⁾. Il en sera de même lorsque le requérant méconnaît les véritables droits de la commune ou émet des prétentions erronées, et lorsque l'action ou la défense n'offrent qu'un intérêt procédurier, sans qu'un résultat utile puisse s'en suivre ⁽²³⁾. Dans toutes ces hypothèses, en effet, le

(22) (Décret en Conseil d'Etat, 22 mars 1910, Laporte, *Recueil*, p. 1062).

(23) Par exemple, si la demande en autorisation de défendre à une action et de former une demande reconventionnelle n'a d'au-

procès envisagé ne peut offrir aucune chance de succès ⁽²⁴⁾.

Il se peut qu'un procès intéressant la commune et offrant des chances de réussite non douteuses, entraîne néanmoins des risques de perte hors de proportion avec les avantages attachés à son succès. L'autorisation serait dans ce cas encore à bon droit refusée ⁽²⁵⁾.

De même, lorsque le requérant entend porter son action devant une juridiction incompétente, il ne sera pas autorisé à le faire. Le Conseil de Préfecture refusera l'autorisation d'ester devant les tribunaux de droit commun, si l'affaire est du ressort des tribunaux administratifs. Mais il peut arriver qu'un litige soulève à la fois des questions judiciaires et des questions administratives. Dans ce cas, l'autorisation n'est accordée qu'en réservant expressément à l'autorité administrative les questions relevant de sa compétence ⁽²⁶⁾. Le Conseil de Préfecture peut-il rectifier l'erreur commise quant à la compétence par le

tre but que de différer le paiement d'une dette dont on ne peut contester l'existence. Décret en Cons. d'Etat. 30 juin 1887, C. P., Dijon, 30 juillet 1928. Le demandeur prétend vouloir exercer les droits sur des terrains que la commune aurait laissés prescrire, mais ne prouve pas que ces terrains sont la propriété de la commune. *D. P.*, 1888, III, 92).

(24) (Décret en C. E., 22 février 1886, *D. P.*, 1888, III, 38). Un contribuable avait sollicité l'autorisation de plaider pour obtenir l'exécution d'une libéralité que la commune n'avait pas été habilitée à accepter.

(25) Décrets en C. E., 13 novembre 1880. *Recueil Lebon*, p. 1095, et 20 avril 1882, *Recueil Lebon*, p. 1088.

(Avis en Conseil d'Etat, 1^{er} mars 1926, Moreau, *Recueil Lebon*, p. 1199).

(26) Voir (Ordonnances en Conseil d'Etat des 26 décembre 1839 et 14 janvier 1841, *Recueil*, p. 1704).

demandeur, pour l'autoriser à plaider devant la seule juridiction compétente ? Il semble bien que non. Cependant, une décision ancienne du Conseil d'Etat lui avait reconnu le droit de constater que l'action envisagée par le contribuable au nom de la commune appartenait à l'ordre administratif, et de n'autoriser le contribuable à plaider que devant les juges administratifs ⁽²⁷⁾. Mais dans une décision plus récente, qui paraît devoir être approuvée, le Conseil d'Etat a jugé que l'erreur sur la compétence devait entraîner obligatoirement le refus d'autorisation, que le Conseil de Préfecture, sous peine d'excès de pouvoir, ne pouvait redresser l'erreur commise, et autoriser d'office à intenter une action devant le juge civil, en l'absence de toute demande formulée à cette fin ⁽²⁸⁾.

A côté de ces hypothèses extrêmes d'une particulière netteté, des cas d'espèces moins tranchés mais aussi plus vraisemblables, peuvent être soumis à l'appréciation du Conseil de Préfecture. Dans la réalité des faits, les titres présentent toujours quelque ambiguïté, les prétentions juridiques sont sujettes à discussion et les chances de succès d'une action en justice généralement indécises. Il est bien évident que le Conseil de Préfecture ne saurait limiter ses autorisations aux seules hypothèses exclusives de tout doute sur la réussite de l'action. Il lui a fallu admettre que l'autorisation devait être accordée toutes les fois que la prétention du demandeur ne parais-

(27) (Décret en Conseil d'Etat, 17 août 1882, *Recueil*, p. 1090).

(28) (C. E., 24 juin 1898, *D. P.*, 1899, III, 98).

sait pas dénuée de fondement, et que le litige qu'il demandait à faire juger était incertain ⁽²⁹⁾.

Le Conseil de Préfecture a été ainsi conduit à ouvrir dans sa jurisprudence un domaine d'appréciation souveraine des chances de l'action, dans le même temps qu'il estimait avec la même liberté quelle suite l'attitude du Conseil municipal permettait de donner à la demande d'autorisation du contribuable.

c) Opportunité de l'action.

Enfin le Conseil de Préfecture, autorisé par le Conseil d'Etat, a été amené dans des cas limites à apprécier, non plus seulement les chances de réussite de l'instance, mais encore l'opportunité de l'action en tant qu'elle est exercée par le contribuable et non par la commune.

Dans le décret Mériot, le Conseil d'Etat, appelé à juger de la négligence du Conseil municipal, estimait que le seul fait de l'abstention de la commune devant les tribunaux n'était pas une présomption suffisante de désintéressement et pouvait être contrebalancée par l'engagement de négociations amiables avec l'adversaire éventuel du procès ⁽³⁰⁾. Mais dans ce même décret, le Conseil de Préfecture, approuvé par le Conseil d'Etat, poussait à un point extrême l'appréciation souveraine des chances de l'action et examinait l'opportunité de l'action non seulement en

(29) Une autre solution s'offre au Conseil de Préfecture en cas de doute : ajourner la décision jusqu'à ce que le contribuable ait fourni un supplément de titres, ou présenté de nouveaux moyens.

(30) (Conseil d'Etat, 26 juin 1922, Mériot, S., 1924, III, 25, note d'Hauriou).

elle-même, mais encore en tant qu'exercée par le contribuable et non par la commune. « Attendu, dit le Conseil d'Etat, qu'il paraît que seul, le cas échéant, le Conseil municipal de Cannes pourrait exercer opportunément l'action qu'il appartient à la commune contre la Société concessionnaire, que dès lors il serait contraire aux intérêts de la ville d'autoriser le sieur Mériot à intenter actuellement ladite action aux lieu et place de la commune... » ⁽³¹⁾.

L'éminent commentateur du décret dans le Sirey, le doyen Maurice Hauriou, écrivait qu'il lui apparaissait normal que le juge administratif ayant compétence pour autoriser, apprécie, non seulement les chances du succès de l'action, mais encore son opportunité.

C'est qu'en effet, et notamment dans le domaine des relations entre une ville et un concessionnaire de service public, l'initiative d'un procès, prise par un contribuable au nom de la ville, est susceptible d'entraîner pour celle-ci des responsabilités très lourdes et il peut y avoir un intérêt certain, ne serait-ce que pour assurer la continuité du service, à ce que l'initiative de l'action soit laissée à la ville seule.

L'examen du Conseil de Préfecture est donc très large, mais les garanties qu'il présente, pour sérieuses qu'elles soient, ne sont pas néanmoins abso-

(31) A la suite de ce décret, le sieur Meriot, en son nom personnel et au nom de l'Union des Abonnés de l'Electricité de la Ville de Cannes, devait former un recours direct en indemnité contre la Société concessionnaire.

(Conseil d'Etat, 8 février 1929, Soc. Eclairage Electrique de Cannes, *Recueil*, p. 157).

lues. Elles ne font pas disparaître l'utilité d'un second degré de juridiction. C'est ce qu'il nous faut étudier maintenant.

SECTION III

LES VOIES DE RECOURS CONTRE LA DECISION DU CONSEIL DE PREFECTURE

La décision que vient de rendre le Conseil de Préfecture doit, selon les règles générales de notre droit, pouvoir être éventuellement réformée. Trois moyens semblent le permettre : les voies de recours qui sont normalement ouvertes contre toute décision administrative, recours pour excès de pouvoir, recours de pleine juridiction, plus celui spécialement prévu par l'article 123 de la loi municipale.

On conçoit que trois sortes d'intéressés puissent utiliser ces procédures : le contribuable, la commune, et dans une certaine mesure peut-être l'éventuel adversaire du contribuable dans le futur procès.

Nous tiendrons compte de cette observation pour étudier d'abord le recours administratif de l'article 123 puis les autres voies de recours.

1° LE RECOURS ADMINISTRATIF DE L'ARTICLE 123

« Si le Conseil de Préfecture ne statue pas dans le délai de deux mois ou si l'autorisation est refusée, le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil

d'Etat ». Le paragraphe 4 de l'article 123 prévoit donc explicitement cette voie de recours. Examinons sa nature juridique, ses conditions d'exercice, ses formes et modalités, et enfin, les voies de recours dont le décret qui sanctionne ce moyen peut être l'objet.

a) *Nature juridique.*

La décision du Conseil de Préfecture est un acte de tutelle administrative. Le pourvoi en Conseil d'Etat contre une manifestation juridictionnelle de la tutelle administrative ne saurait être qu'un recours spécial se distinguant de tous les autres. Sur un acte de tutelle, comme l'a prévu d'ailleurs la loi, le Conseil d'Etat statuera par une décision prise en la forme administrative. Ce pourvoi ne donnera pas lieu à un jugement, mais seulement à un avis. C'est le chef de l'Etat qui, par un décret rendu sur rapport de la section de l'Intérieur, prononcera le rejet ou l'admission de la réclamation.

N'y a-t-il pas, dans ce décret, œuvre et expression du pouvoir exécutif, une survivance de la justice retenue ? On peut se poser la question car cette décision intervient dans le domaine de la tutelle qui échappe au pouvoir judiciaire.

D'une façon générale il y a justice retenue quand une décision juridictionnelle est prise sous la signature du chef de l'Etat. Au contraire, il y a justice déléguée quand la décision est rendue par les tribunaux au nom du Peuple français sous la signature du Président du tribunal.

Quand, après la loi du 24 mai 1872, toute la justice

administrative fut en principe déléguée, on s'est trouvé cependant en présence de recours qui aboutissaient toujours à des décrets en Conseil d'Etat : recours des préfets tendant à l'annulation des délibérations des Conseils généraux (art. 32 et 47 de la loi du 10 août 1871), recours formé en application de l'article 13 de la loi du 21 mars 1865 contre les arrêtés des préfets créant des associations syndicales autorisées en dehors de celles prévues par la loi.

Ce qui caractérise ces recours c'est que les décrets auxquels ils aboutissent ne sont pas susceptibles d'être attaqués devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux par la voie du recours pour excès de pouvoir. Ils peuvent bien alors être considérés comme les derniers reliquats de la justice retenue. Or, il en est autrement du recours de l'article 123. Le Conseil d'Etat admet très nettement que le décret auquel il aboutit peut être attaqué au contentieux par la voie du recours pour excès de pouvoir.

Dans ces conditions nous pouvons donc conclure, ainsi que nous le disons plus haut, que le recours administratif de l'article 123 est tout à fait spécial et particulier. C'est une voie d'annulation *sui generis*.

b) *Conditions d'exercice.*

Qui peut exercer le recours de l'article 123 ? Dans quelles conditions ? Voilà les deux questions qui se posent.

Seul le contribuable peut se pourvoir devant le Conseil d'Etat en utilisant le recours de l'article 123. La loi le stipule expressément. Deux hypothèses seu-

lement lui permettent d'agir : si l'autorisation est refusée, si le Conseil de Préfecture ne statue pas dans le délai de deux mois.

L'hypothèse du refus exprès n'entraîne pas d'observations spéciales. Par contre, le silence du Conseil est interprété comme un refus tacite. Si deux mois après le dépôt du mémoire au Greffe aucune décision n'est intervenue, le contribuable n'est pas autorisé à exercer l'action de la Commune, mais il peut demander au Conseil d'Etat de se prononcer ⁽³²⁾. Le Conseil de Préfecture est dessaisi.

La pratique a révélé que la décision accordant l'autorisation était également susceptible de soulever des contestations. Supposons un contribuable ayant sollicité l'autorisation d'ester devant les tribunaux administratifs, et qu'il se voit autorisé à plaider devant les tribunaux judiciaires. Dans le silence de l'article 123 peut-il attaquer cette décision ?

La réponse est évidemment négative. Le contribuable ne peut exercer le recours de l'article 123 que si l'autorisation lui est expressément ou tacitement refusée. De même, il est seul à pouvoir le faire. Ce recours n'est pas ouvert à la Commune — dans l'hypothèse évidemment où le contribuable serait autorisé à plaider — ni à l'adversaire du contribuable ⁽³³⁾ dans le futur procès.

c) *Formes et modalités.*

Le pourvoi est introduit selon la forme administrative (art. 123, parag. 5). Il est exempt des droits d'en-

(32) C. E., 10 octobre 1905, *D. P.*, 1906, III, 102.

(33) Décrets C. E., 30 mars 1878, 3 mai 1886.

registrement mais est soumis au timbre. Le ministère d'un avocat au Conseil d'Etat n'est pas obligatoire, mais facultatif ⁽³⁴⁾. A son pourvoi le contribuable doit joindre toutes pièces utiles et notamment l'arrêté du Conseil de Préfecture contesté.

Dans quel délai le pourvoi doit-il être porté devant le Conseil d'Etat ? Dans le mois qui suit, soit les deux mois qui appartiennent au Conseil de Préfecture pour statuer, soit la notification au contribuable intéressé de l'arrêté portant refus. C'est dans ce délai d'un mois que le pourvoi doit être enregistré au secrétariat général du Conseil d'Etat sous peine de déchéance. En cas de décision de refus, pour que court ce délai, il n'est pas nécessaire qu'elle soit notifiée au contribuable par ministère d'huissier. Il suffit d'une notification dans la forme administrative, faite par exemple par le maire au contribuable, sur l'invitation du préfet. Mais la simple connaissance, par le contribuable de l'arrêté rejetant sa demande serait insuffisante comme point de départ du délai de déchéance.

Le Conseil d'Etat saisi du pourvoi, prépare le projet de décret destiné à être soumis à l'approbation du Président de la République. C'est à la section de l'Intérieur qu'il appartient de procéder à cet examen, sauf les cas où le renvoi à l'Assemblée générale est ordonné, conformément au décret du 2 août 1879, modifié par celui du 3 avril 1886 (art. 7, parag. 27) : il s'agit des cas dans lesquels les affaires, à raison

(34) Voir Morgand : *La Loi Municipale*, n° 1394.

de leur importance, sont renvoyées à l'examen de l'Assemblée générale, soit par les ministres, soit par le président de la section sur la demande de celle-ci ou d'office.

Habituellement, le Conseil d'Etat ordonne que le pourvoi soit communiqué au Ministre de l'Intérieur.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne statue sur le point de savoir si les décisions du Conseil d'Etat en matière d'autorisation doivent être motivées. Après le vote de la loi de 1837, le Conseil d'Etat avait décidé qu'il motiverait ses décisions de refus ⁽³⁵⁾. A la suite d'un décret en Conseil d'Etat en date du 5 décembre 1883, les décrets portant annulation d'arrêtés refusant l'autorisation ne sont par contre plus motivés. On a toujours été d'accord pour penser que les décisions du Conseil d'Etat qui accordent l'autorisation ne doivent pas être motivées ; une raison décisive se présente immédiatement à l'esprit : les motifs pourraient avoir une influence sur le tribunal qui doit, dans l'avenir, être saisi du procès. Après avoir, pendant un certain temps, motivé ses décrets d'autorisation, le Conseil d'Etat, de façon absolue, ne les motive plus à l'heure actuelle.

Bien que le décret constitue un acte administratif et non un acte de juridiction, le Conseil d'Etat a des droits semblables à ceux d'un tribunal d'appel. Après avoir prononcé l'annulation du refus, le Conseil d'Etat peut accorder, soit une autorisation entière, soit une autorisation restreinte. Mais le contribuable

(35) Ordonnances en Conseil d'Etat du 4 juin 1840 et du 13 mai 1841, *Recueil*, p. 1707.

ne pourrait demander au Conseil d'Etat de statuer sur une demande différente plus compréhensive, ou plus complexe, que celle qu'il a précédemment soumise au Conseil de Préfecture, par exemple en désignant des parties nouvelles au procès éventuel non indiquées dans la demande présentée au Conseil de Préfecture ⁽³⁶⁾.

Le Conseil d'Etat peut être conduit à déclarer qu'il n'y a pas lieu à statuer. Il en est ainsi, si le requérant se désiste purement et simplement, s'il est justifié d'une transaction, ou encore si le Conseil de Préfecture entre temps et par un nouvel arrêt, a accordé l'autorisation au contribuable.

Dans quel délai le Conseil d'Etat doit-il statuer ? Dans les deux mois de l'enregistrement du recours au secrétariat général du Conseil d'Etat, d'après le paragraphe 6 de l'article 123. Mais l'absence de décision dans ce délai n'emporte pas autorisation tacite de plaider. L'article 123, paragraphe 6, ne constitue qu'une invitation au Conseil d'Etat de statuer dans un délai légal, et ne s'oppose nullement à ce qu'il se prononce après son expiration.

d) *Voies de recours contre le décret du Chef de l'Etat.*

Le pourvoi administratif de l'article 123 devant le Conseil d'Etat est sanctionné par un décret, ainsi que nous l'avons expliqué, qui accorde ou refuse l'autorisation de plaider.

Ce décret peut-il être attaqué par le moyen des recours pour excès de pouvoir et recours de pleine ju-

(36) Décret en Conseil d'Etat du 23 avril 1850, *Recueil*, p. 1088.

ridiction ? Il ne peut y avoir d'hésitation à répondre affirmativement pour le premier moyen. Le contribuable aura la faculté de demander l'annulation du décret lui refusant l'autorisation de plaider, la Commune également, mais la partie adverse, en vertu d'une jurisprudence déjà ancienne, se verra refuser ce droit ⁽³⁷⁾.

Le décret peut-il être enfin déféré au Conseil d'Etat statuant au contentieux (deuxième moyen) ? Non. Car les décisions en matière d'autorisation de plaider sont des actes de tutelle administrative comme nous l'avons montré et contre celles-ci le recours de pleine juridiction n'est pas possible ⁽³⁸⁾.

Le champ d'application du recours organisé par l'article 123 contre les décisions du Conseil de Préfecture est donc restreint par ses conditions très limitées, mais il n'est pas le seul à pouvoir être envisagé.

2° LES AUTRES VOIES DE RECOURS

On peut en effet songer à attaquer la décision du Conseil de Préfecture par deux autres moyens : le recours pour excès de pouvoir, et celui de pleine juridiction.

Au bénéfice du contribuable le premier doit être immédiatement éliminé pour une raison juridique tirée de la théorie des recours parallèles. L'existence

(37) C. E., 11 juillet 1884, *Revue Générale d'Administration*, 1884, t. III, p. 428.

(38) C. E., 18 décembre 1856 et 11 juillet 1884.

d'un autre recours approprié empêche le contribuable de se pourvoir devant le Conseil d'Etat au Contentieux. Ce principe a été affirmé notamment le 11 juillet 1884 ⁽³⁹⁾. Il est vrai que le Conseil d'Etat tend à atténuer le principe du recours parallèle. Mais à notre connaissance il ne l'a pas encore abandonné dans l'hypothèse de l'article 123.

Que peut faire de plus la Commune et, éventuellement, la partie adverse ? Si l'autorisation est refusée, ces deux demandeurs semblent sans intérêt et par suite sans qualité pour se plaindre du refus. Si elle est accordée on conçoit très bien l'intérêt que la Commune et la partie adverse peuvent avoir à compléter cette décision. Pourront-elles l'attaquer devant le Conseil d'Etat par la voie du recours pour excès de pouvoir ?

On trouve, dans ce sens, plusieurs décisions très anciennes ⁽⁴⁰⁾, mais aujourd'hui il faut répondre négativement. Dans l'état actuel de la jurisprudence, la Commune devra provoquer une décision du Conseil d'Etat qu'elle pourra alors attaquer par le recours pour excès de pouvoir. Quant à l'éventuel adversaire au procès, il n'a aucun droit, l'autorisation est un acte de tutelle administrative comme son rejet. Il y est complètement étranger.

La question est beaucoup plus nette s'il s'agit du recours de pleine juridiction. Le déclarer recevable devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux ce serait admettre implicitement que l'arrêté du Conseil

(39) C. E., 11 juillet 1884, *D. P.*, 1886, III, 9.

(40) C. E., 30 mai 1868.

de Préfecture est un jugement. Or, nous avons vu que c'était un acte de nature essentiellement discrétionnaire contre lequel l'éventualité de ce recours doit être naturellement écartée. Dans ce cas nous n'avons même pas à tenir compte de la qualité de demandeur ⁽⁴¹⁾.

SECTION IV

LES FORMALITES POSTERIEURES A L'AUTORISATION DU CONSEIL DE PREFECTURE

Deux formalités suivent l'autorisation du Conseil de Préfecture et le recours éventuel devant le Conseil d'Etat :

C'est d'abord parfois la consignation préalable des frais d'instance. C'est ensuite et toujours la mise en cause de la Commune.

1° OBLIGATION ÉVENTUELLE DE LA CONSIGNATION PRÉALABLE DES FRAIS D'INSTANCE

« Le contribuable agit à ses frais et risques », dit l'article 123. Aussi la loi a-t-elle prévu la possibilité d'exiger de lui la consignation préalable des frais d'instance.

La Commune est en effet mise en cause. Elle peut

(41) C. E., 18 décembre 1856, 11 juillet 1884.

être condamnée en cas de perte du procès aux dépens qui seraient à sa charge si le contribuable était insolvable.

La loi n'ordonne pas d'autorité cette consignation, qui n'est obligatoire que si le Conseil de Préfecture ou le Conseil d'Etat l'estiment nécessaire. Ils conditionnent en ce cas l'autorisation.

Des décrets postérieurs à la loi de 1905 ont établi le montant des sommes à consigner d'après les frais inhérents aux procès possibles et à leur nature. Le Conseil de Préfecture fixe la somme à consigner. Le contribuable qui prétend se plaindre du taux de la consignation exigée peut se pourvoir en Conseil d'Etat ⁽⁴²⁾.

L'obligation de la consignation préalable d'instance par le contribuable n'est donc qu'éventuelle. Celle de la mise en cause de la commune est au contraire générale.

2° MISE EN CAUSE DE LA COMMUNE

L'article 123 prévoit, dans son paragraphe 7, que la commune doit être mise en cause par le contribuable. A cette exigence, on trouve des raisons théoriques et pratiques.

Raison théorique d'abord, en ce que l'autorisation du Conseil de Préfecture n'a pas pour effet de donner mandat au contribuable de représenter en justice la commune, à l'instar du maire par exemple.

(42) (Cons. d'Etat, 2 juillet 1905, *D. P.*, 1906, III, 102).

Raisons pratiques ensuite, qui sont essentielles.

La commune doit avoir la possibilité d'exposer ses moyens dans l'affaire et de veiller efficacement à ses intérêts. Il faut pour cela qu'elle soit personnellement engagée dans le procès.

Il faut en outre que la décision qui interviendra ait effet à son égard, afin qu'elle ne puisse pas ultérieurement la remettre en question. Or, la sentence n'aura autorité de chose jugée envers la commune que si celle-ci est partie à l'instance.

L'obligation est générale ; parfois pourtant, les circonstances du procès sont telles que la commune a été effectivement à même de faire état de ses moyens : la mise en cause est alors inutile. Il en est ainsi lorsque l'intervention du contribuable se produit à raison d'un appel négligé ou déserté par la commune, qui, dans ces conditions, se trouve déjà en cause ⁽⁴³⁾.

La mise en cause de la commune doit être provoquée par le contribuable devant le tribunal de première instance. L'assignation à comparaître doit être adressée à la commune dès le début de l'instance. Le défaut de citation devant le juge du premier degré entache la procédure d'irrégularité ; il suffit cependant que la commune ait été placée dans la possibilité d'assister au jugement, car la mise en cause au début même de la procédure de première

(43) (Cour d'Appel d'Alger, 10 avril 1895, *D. P.*, 1896, II, 238). La solution est toutefois plus douteuse dans le cas où la commune, après la décision de première instance, néglige d'interjeter appel.

instance n'est pas exigée à peine de nullité ⁽⁴⁴⁾. Si la mise en cause de la commune n'intervient que devant la juridiction d'appel, quel est l'effet de cette mise en cause tardive ? Couvre-t-elle l'irrégularité de la procédure antérieure ? Une jurisprudence constante la déclare insuffisante pour effacer le vice originaire de l'instance ; elle est pleinement justifiée. Appeler *de plano* la commune devant la Cour conduit à la priver d'un premier degré de juridiction, et à la mettre dans l'obligation d'accepter par exemple des expertises et des enquêtes auxquelles, par la négligence du contribuable, elle n'a pas concouru ⁽⁴⁵⁾. Le juge d'appel relèvera donc d'office l'omission (ou la tardivité) de la mise en cause ; il ne peut prétendre s'en dispenser en accordant au contribuable un délai pour y procéder ⁽⁴⁶⁾. La jurisprudence n'a jamais varié, en effet, sur la portée de cette omission. La Cour d'Appel de Montpellier y voyait, en 1873, « un moyen péremptoire, préjudiciel et d'ordre public » ⁽⁴⁷⁾, et toute la jurisprudence postérieure répétera que l'omission de cette formalité élève contre l'action du contribuable une fin de

(44) Voir (Cour d'Appel de Bordeaux, 12 mars 1907, *S.*, 1907, II, 125).

(45) Voir notamment (Cass. Civile, 28 mars 1888, *S.*, 1890, I, 103) (Cass. Civile, 15 avril 1890, *S.*, 1890, I, 244, *D. P.*, 1890, I, 448) (Cour d'Appel de Bordeaux, 12 mars 1907, *S.*, 1907, II, 125) (Cass. Civile, 9 avril 1921, *S.*, 1922, I, 162) et *Gaz. du Palais*, 1921, I, 634, au *D. P.*, 1924, I, 202) (Cass. Requêtes, 3 février 1932, *S.*, 1932, I, 124) (Cass. Civile, 18 juillet 1934, *S.*, 1934, I, 902, et *Gazette du Palais*, 1934, II, 565).

(46) (Cassation Civile, 18 juillet 1934).

(47) (Cour d'Appel de Montpellier, 24 mars 1873, *D. P.*, 1873, II, 234). Dans le même sens (Cass. Req., 24 juillet 1871, *D. P.*, 1871, I, 160).

non recevoir d'ordre public ⁽⁴⁸⁾. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 18 juillet 1934, confirma une fois de plus le principe en déclarant que « la mise en cause de la commune devant le juge du premier degré est une formalité d'ordre public » ⁽⁴⁹⁾. Dans ces conditions il n'est guère discutable que la partie adverse puisse opposer pour la première fois en appel, au contribuable, le défaut de mise en cause initiale de la commune. Ce moyen pourrait même être soulevé pour la première fois devant la Cour de Cassation, à raison de son caractère d'ordre public.

La commune doit être mise en cause à tous les degrés de la juridiction saisie, en appel ou en Cassation, comme en première instance. Devrait être déclarée non recevable l'action du contribuable qui, après avoir fait admettre son pourvoi en Cassation par la Chambre des Requêtes, n'aurait pas signifié l'arrêt d'admission à la commune et ne l'aurait pas mise en cause devant la Chambre civile ⁽⁵⁰⁾.

La commune n'est pas obligée de répondre à l'assignation qui lui est donnée par le contribuable de comparaître en justice. Il appartient souverainement au Conseil municipal d'apprécier si elle a intérêt à concourir à l'action du contribuable. Dans le cas où elle juge son concours utile, la commune constitue avoué. Depuis la loi du 8 janvier 1905, la commune

(48) Voir notamment (Cass. Civile, 28 mars 1888, I, 103 (Cass. Civile, 9 avril 1921, S., 1922, I, 162).

(49) (S., 1934, I, 302).

(50) Cependant la commune pourrait être mise en cause après le délai du pourvoi en Cassation. Il suffit que la commune soit mise à même d'assister à l'arrêt et de faire valoir ses moyens. (Cass. Civile, 28 juillet 1856, *D. P.*, 1856, I, 397).

n'a plus besoin pour plaider de l'autorisation du Conseil de Préfecture, mais dans la présente hypothèse de mise en cause par le contribuable, la jurisprudence décidait dès avant cette loi que, pour sa constitution d'avoué, la commune n'était pas dans l'obligation de solliciter et d'obtenir l'autorisation du Conseil de Préfecture ⁽⁵¹⁾.

Mais que la commune réponde ou non à l'assignation qui lui est faite, la décision qui interviendra sur l'action intentée par le contribuable aura de toutes façons, par le jeu du paragraphe 8, son plein effet à l'égard de la commune. C'est précisément à cette question des effets produits par l'action du contribuable que nous arrivons maintenant.

(51) Cass. Requêtes, 9 juin 1861, *D. P.*, 1861, I, 326). Cf. Morgand, *op. cit.*, n° 1401.

CHAPITRE VI

Ses effets

« La décision qui intervient, dispose le paragraphe 7 de l'article 123, a effet à l'égard de la commune ». Si donc le contribuable gagne, elle en profite ; un jugement défavorable lui est, par contre, également opposable. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas avoir dit que la sentence aurait, à l'égard de la commune, autorité de chose jugée ? Il y avait pourtant lieu, dans ce domaine, à une excellente application de ce principe.

C'est très consciemment que le législateur a négligé d'y faire appel ; il a craint les conséquences d'ordre pratique qui en auraient nécessairement découlé. Au moment de la rédaction de la loi de 1837, on n'a pas voulu parler d'autorité de la chose jugée afin que la commune ne puisse en aucun cas être tenue de tout ou partie des frais du procès⁽¹⁾. Il faut trouver dans cette préoccupation pratique, qui transparaît des discussions législatives de l'époque, la raison du mutisme de la loi à ce propos. On conçoit, dès

(1) Voir *D. P.*, 1905, IV, 25, note colonne 2.

lors, que le paragraphe 8 insiste sur le fait que le contribuable agit à ses risques et frais.

Mais il ne semble pas que ce silence ait suffi à exonérer en toutes hypothèses la commune des frais d'instance. Le désir du législateur, pour raisonnable qu'il fût, était trop absolu pour ne pas être dépassé par la diversité de la vie juridique.

Certes, en principe, la commune, surtout si l'on admet qu'après sa mise en cause elle soit demeurée simple assistante au procès, doit en principe rester étrangère à cette question des frais. En cas de perte du procès, les dépens incombent au contribuable qui a intenté l'action ; en cas de succès, de l'instance engagée par le contribuable, les dépens sont mis à la charge de la partie qui a succombé.

Mais la réalité est infiniment plus complexe que les deux hypothèses trop simples que nous venons de poser.

En cas de perte du procès, disions-nous, les dépens incombent au contribuable qui a intenté l'action. Il nous faut faire une double réserve :

— Encore faut-il que le contribuable, au cas où l'obligation de consigner ne lui aurait pas été imposée, ne se révèle pas totalement ou partiellement insolvable. Car il semble bien qu'alors la commune, du fait de sa mise en cause, pourrait être tenue de tout ou partie des dépens.

— Il faut, en second lieu, que la commune, sur sa mise en cause, soit restée simple assistante au procès et n'ait pas cru utile de prendre dans le débat des conclusions positives. Car le juge devrait alors lui

faire supporter les conséquences de cette attitude et lui imposer la charge de tout ou partie des frais.

En cas de succès de l'instance, et d'insolvabilité de la partie qui a succombé, les frais vont retomber à la charge du contribuable. Or, la commune retire un profit certain de la décision favorable qui est intervenue. N'est-il pas équitable, dès lors, de lui faire supporter les frais du procès dans la mesure où elle profite de son heureux dénouement ? Très certainement. Mais les principes fondamentaux de la comptabilité publique ne s'opposent-ils pas à ce qu'une dépense soit mise, dans de telles conditions, à la charge de la commune ?

Le principe fondamental de l'organisation financière communale, c'est qu'il ne peut y avoir d'autres dépenses publiques que celles qui ont été régulièrement votées et autorisées. La commune a ses représentants légaux. Il leur appartient de décider d'abord de l'utilité d'une dépense, ensuite de son opportunité : une dépense utile peut, en effet, devenir désastreuse pour la collectivité communale si les disponibilités de son budget ne lui permettent pas d'y faire face ⁽²⁾. La dépense jugée à la fois utile et opportune est inscrite au budget, et c'est cette inscription qui provoque la naissance de la dette communale. Le budget prévoit donc les dépenses, mais aussi les autorise. Mais ce rôle du budget d'autoriser à l'avance la naissance des dettes communales, s'il est habituel, postule-t-il qu'aucune dette ne puisse se présenter vala-

(2) Voir Marguès di Braga et Camille Lyon : « Traité de la comptabilité de fait », n^{os} 14 à 28.

blement en dehors de l'autorisation budgétaire ? Il ne le semble pas.

Le budget, en effet, ne fait généralement qu'entériner des dépenses que la loi municipale déclare obligatoires. Or parmi ces dépenses obligatoires se trouve précisément l'acquittement des dettes exigibles. C'est dire qu'une dette peut naître en dehors du budget et s'imposer à lui, qu'elle découle de la loi, d'une décision de justice, ou d'une gestion d'affaires⁽³⁾. La jurisprudence administrative admet en effet aujourd'hui l'application des règles de la gestion d'affaires aux services publics, et elle fut, en cela, suivie par la Cour de Cassation⁽⁴⁾. Cette jurisprudence s'inspire évidemment d'une conception large et souple des rapports du droit administratif et du droit commun. Il existe un droit commun contenant les principales règles de justice et que représente de très près le droit civil. Tout droit spécial, tel que le droit administratif, est par rapport à lui exceptionnel ; des nécessités spéciales entraînent et justifient un certain nombre de règles exorbitantes ; mais dès que ces nécessités disparaissent, le droit spécial doit rentrer sous l'empire du droit commun. Plus particulièrement, rien ne s'oppose en droit administratif à ce que la commune soit engagée par le moyen de la gestion d'affaires, comme de droit commun.

(3) Voir Michoud : « De la gestion d'affaires appliquée aux services publics ».

(4) (Cons. d'Etat, 16 mai 1879, Lefèvre, *Recueil*, p. 399) (Cons. d'Etat, 15 février 1889, Lemaire, *Recueil*, p. 226).

(Cassation, 15 juillet 1873, Commune de Saint-Chiniau, S., 1874, I, 30).

Nous ne nous sommes pas prononcé encore, sur la nature juridique de l'action du contribuable et nous entendons n'étudier cette question que dans la dernière partie de notre travail. Qu'il nous soit permis néanmoins de nous prévaloir provisoirement, ici, de l'opinion quasi unanime des juristes qui veulent voir dans notre institution une gestion d'affaires⁽⁵⁾ pour autoriser le contribuable à récupérer, par une action récursoire, une partie des dépens dont l'insolvabilité de l'adversaire succombant l'a rendu débiteur. Ceci, à concurrence des avantages procurés à la commune par le succès de l'instance.

Ainsi le législateur, tant par une disposition expresse de l'article 123 édictant que le contribuable agirait « à ses frais et risques » qu'en omettant volontairement d'en appeler à l'autorité de la chose jugée pour caractériser les effets de la mise en cause de la commune, a eu l'intention évidente pour ne pas dire la volonté, d'éviter à la commune de se trouver pécuniairement engagée par la mise en jeu de l'article 123

Il semble cependant bien que l'action du contribuable conduise dans certains cas à grever le budget communal de tout ou partie des frais et dépens de l'instance, soit à raison de l'attitude de la commune au procès (ou tout simplement de la mise en cause),

(5) Nous y verrons d'ailleurs plus qu'une gestion d'affaires, une collaboration intérieure pour laquelle les développements ci-dessus s'appliqueront par « a fortiori ».

soit à raison du profit que l'issue favorable du procès lui procure.

Il s'agit bien d'une réaction de la réalité juridique à l'encontre d'une conception législative quelque peu artificielle et trop absolue.

TROISIEME PARTIE

LA VALEUR DE LA PROTECTION DU CONTRIBUABLE COMMUNAL PAR L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884

Lors de sa création, l'article 123 répondait au souci du législateur de sauvegarder les intérêts de la commune — aussi, lorsque les contribuables communaux prétendirent y chercher une protection contre la fiscalité municipale envahissante, l'institution, mal adaptée à un but qui n'était pas le sien, accusa de graves insuffisances.

La jurisprudence essaya tout d'abord de les atténuer en assouplissant l'action de la commune, mais ses tentatives n'en rendirent guère l'utilisation plus aisée pour les contribuables communaux.

Elle finit enfin par envisager pour elle-même la sauvegarde des intérêts de ces contribuables en leur conférant une action directe et personnelle : le recours pour excès de pouvoir.

De plus, par le moyen du recours en matière de contributions directes, le législateur a cherché également à protéger ces mêmes intérêts.

Ainsi, dans cette troisième partie consacrée à la valeur de la protection du contribuable communal par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, nous examinerons successivement dans trois chapitres :

Les insuffisances de cette protection ;

Les tentatives jurisprudentielles pour y pallier ;

Et la protection actuelle du contribuable communal par les moyens du recours pour excès de pouvoir et du recours ordinaire en matière de contributions directes.

CHAPITRE VII

Les insuffisances de la protection du contribuable communal par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884

Le contribuable communal ne trouve dans l'article 123 qu'une *protection spéciale et illusoire*.

SECTION I

LE CONTRIBUABLE COMMUNAL NE TROUVE DANS L'ARTICLE 123 QU'UNE PROTECTION SPECIALE

Cette protection est en effet spéciale car elle se limite à la vie juridique de la commune sans engager sa vie financière. Or les intérêts des contribuables sont essentiellement pécuniaires et d'ordre financier.

L'exemple le plus simple pour justifier le caractère toujours spécial des applications possibles de l'article 123 et pour préciser la différence entre la vie juridique et la vie financière serait peut-être le suivant :

Une commune laisse usucaper une parcelle de son domaine privé. Plus tard désireuse de l'employer à des fins d'utilité publique, elle engage contre celui qui l'a usucapée la procédure d'expropriation. Cette dernière aboutit, et pour pouvoir disposer de ce terrain la commune est obligée de verser une indemnité.

L'attitude des édiles communaux négligeant d'interrompre la prescription ne compromet qu'indirectement les intérêts des contribuables qui ne subissent aucun préjudice actuel. C'est pourtant dans ce cas et à ce moment que le contribuable peut agir, se substituer à la commune par les moyens de l'article 123 et empêcher l'usucapion (vie juridique) car la commune est encore détentrice d'un droit qui donne naissance à des actions.

Par contre la décision du Conseil municipal d'acquérir le terrain usucapé par suite de sa négligence se traduira par le vote et le versement d'une indemnité couverte, comme toujours, par des centimes additionnels et par l'emprunt (vie financière). A ce moment les intérêts des contribuables sont directement en jeu ; pourtant ils sont désarmés, l'article 123 est sans utilité pour eux puisque la commune n'a plus aucun droit (donc aucune action) à faire valoir.

Ainsi quand, au cours de la vie juridique d'une commune, les intérêts des contribuables ne sont qu'indirectement compromis, l'article 123 peut jouer, mais lorsqu'ils sont directement en jeu à la suite de décisions d'ordre financier, notre article n'est d'aucun secours. Ce dernier n'offre donc bien qu'une protection spéciale aux contribuables communaux ; pour

limité que soit son domaine elle y demeure de plus inefficace et illusoire.

SECTION II

LE CONTRIBUABLE COMMUNAL NE TROUVE DANS L'ARTICLE 123 QU'UNE PROTECTION ILLUSOIRE

Si le domaine où peut s'exercer cette protection est borné, il est cependant important. Nous nous souvenons en effet qu'à l'exercice utile et opportun des actions communales, s'attachent avec les intérêts de certains gros contribuables communaux, ceux d'une catégorie beaucoup plus nombreuse de contribuables, les usagers des services publics communaux concédés.

Malheureusement, ces intéressés ne trouvent en l'article 123 qu'une protection illusoire parce que, toujours aléatoire, elle s'avère en outre pour les seconds, généralement inutilisable.

1° LA PROTECTION OFFERTE AUX CONTRIBUABLES COMMUNAUX PAR L'ARTICLE 123 EST TOUJOURS ALÉATOIRE.

La loi du 8 juin 1905 a supprimé la tutelle administrative en matière d'actions intentées par les communes, mais l'a maintenue dans toute sa rigueur quand le procès est entrepris par un contribuable au

nom de la commune. Ce n'était peut-être pas très utile ⁽¹⁾, en tous cas, c'est fort gênant.

(1) « On a invoqué, pour justifier ce maintien, la crainte que des particuliers n'abusent de ce droit et ne s'en servent pour entretenir une agitation fâcheuse dans la commune. Dans les débats de 1837, on avait redouté les procès un peu téméraires engagés par des particuliers et le péril apparaissait encore comme sérieux au rapporteur de la loi de 1905 au Sénat. En fait, il y a dans les craintes de M. Bienvenu-Martin en 1904, comme dans celles de Vivien en 1837, quelque chose d'un peu chimérique. Les contribuables ont usé rarement du droit d'entreprendre des procès au nom de la commune, et il n'est guère à craindre qu'ils se décident à le faire à la légère. Que l'on songe qu'ils ont à leur charge les frais et risques. Cette considération des frais n'est peut-être pas toujours capable d'arrêter un Conseil municipal. Elle a de fortes chances de l'être quand il s'agit d'arrêter un contribuable qui, si le procès est perdu, aura à payer les frais, de ses propres deniers.

En réalité, un seul argument est ici sérieux. « Quand une commune verra un procès chanceux, disait Vivien en 1837, elle refusera de s'engager elle-même et engagera un individu insolvable et les tiers seront exposés à des frais qui pourront avoir des conséquences fâcheuses ». A ce danger, la règle de l'autorisation à elle toute seule ne remédie d'ailleurs pas. Si le procès est « chanceux », c'est-à-dire douteux, le Conseil de Préfecture autorisera, et rien ne garantirait contre l'insolvabilité du contribuable si la loi n'avait pas prévu en outre l'obligation éventuelle de la consignation préalable des frais d'instance. C'est à cette dernière disposition qu'il fallait se limiter.

Il était absolument inutile de maintenir la nécessité de l'autorisation. De deux choses l'une en effet, ou le droit d'action du contribuable est une mauvaise chose et il fallait le supprimer, ou il est utile et il fallait en rendre l'exercice facile en ne l'entravant pas par les formalités et les délais de l'interminable article 123 » (Morgand, op. cit., page 144 et 145).

M. Garsonnet, dans son cours de procédure de 1882 (t. I, p. 497), déclarait que le droit du particulier deviendrait vexatoire pour le défendeur, car tous les contribuables pourraient, l'un après l'autre, intenter la même action contre lui. Si c'est théoriquement concevable, c'est pratiquement invraisemblable.

M. Bathie invoquait un autre argument : il craignait des procès prématurément engagés par des contribuables, et des demandes intempestives compromettant les chances qu'aurait la commune de gagner le procès, s'il était fait à propos. Mais le particulier agit à ses frais et risques. Il tiendra compte du motif mis, par le Conseil municipal, à son refus actuel d'agir (*ibidem*, Morgand, p. 145, note 1).

Deux interventions du Conseil municipal, celle du Préfet, un arrêté du Conseil de Préfecture et, en cas de refus, un décret du Président de la République pris sur avis du Conseil d'Etat peuvent être nécessaires pour aboutir. Tout cela peut aller jusqu'à prendre 5 mois, ce qui est un long délai.

Ces formalités multiples et spécialement la nécessité d'obtenir l'autorisation préalable, très souvent refusée d'ailleurs, constituent une très réelle entrave. Ainsi, de 1919 à 1937 à 6 reprises, le Conseil de Préfecture de Dijon a été amené à jouer le rôle que lui assigne l'article 123 et chaque fois, il a refusé l'autorisation de plaider qui lui était demandée.

C'est ce qui explique en partie pourquoi ce mode de recours n'a pas été fréquemment utilisé par les contribuables, il est trop aléatoire. Il est de plus, comme nous allons le voir, pour certains d'entre eux, généralement inutilisable.

2° LA PROTECTION OFFERTE AUX CONTRIBUABLES COMMUNAUX PAR L'ARTICLE 123 EST POUR LES USAGERS DES SERVICES PUBLICS GÉNÉRALEMENT INUTILISABLE.

Les usagers des services publics communaux concédés que ne rebuteraient pas les difficultés de procédure, et qui prétendraient utiliser l'article 123 en se prévalant de leur qualité de contribuables, se heurteraient généralement, à la fois, à des difficultés théoriques et à des difficultés pratiques, quand bien même l'autorisation de plaider leur aurait été accordée.

a) *Difficultés théoriques*

Le contribuable n'exerce pas son action et ses droits propres, mais l'action et les droits de la commune. Or si la commune et incontestablement recevable à se prévaloir à l'encontre de son concessionnaire de l'inorganisation ou du mauvais fonctionnement du service, peut-elle lui demander l'exécution à l'égard d'un usager déterminé des obligations qui lui incombent ?

Le Conseil d'Etat ne l'a pas toujours pensé. Dans un arrêt déjà ancien ⁽²⁾ il a déclaré non recevable l'action exercée par un contribuable, au nom de la commune, contre le concessionnaire du service municipal de distribution d'eau, en vue de faire reconnaître le droit qu'il prétendait avoir à la fourniture de l'eau dans les conditions du cahier des charges. Le Conseil se fondait sur le fait que « une telle action n'impliquait l'exercice d'aucun des droits conférés à la commune par le traité de concession ».

Cet arrêt s'inspirait de la théorie de la stipulation pour autrui, dans la forme qu'elle revêtait à cette date, et en faisant application à la concession des services publics. D'après l'opinion qui dominait alors chez les civilistes, la stipulation pour autrui faisait naître directement chez le tiers bénéficiaire un droit à l'encontre du promettant ; seul le tiers pouvait en conséquence se réclamer de ce droit ; le stipulant était sans qualité pour le faire et pouvait seulement

(2) C. E. 21 novembre 1890, Compagnie des Eaux de Nice contre Michel, *Recueil*, p. 848, *Sirey*, 1892, III, 143.

en se fondant sur l'inexécution par le promettant de ses obligations, demander la résolution de la stipulation. Appliquant ces idées à la concession de service public, le Conseil d'Etat refusait à l'usager-tiers bénéficiaire la possibilité de réclamer à son égard, au nom de la commune, le fonctionnement du service, cette possibilité d'agir étant fermée à la commune elle-même.

Depuis, la notion de stipulation pour autrui a évolué, et la majorité de la doctrine actuelle considère que les obligations nées du contrat au profit d'un tiers constituent un élément de ce contrat et qu'il est normal et conforme aux principes généraux du droit des obligations que le stipulant puisse en exiger l'exécution.

Néanmoins, le Conseil d'Etat est revenu en décembre 1935 à son ancienne opinion ⁽³⁾. En repoussant la prétention de la ville de Bergerac qui demandait une indemnité au concessionnaire de gaz et d'électricité pour le préjudice causé par le service à l'ensemble des usagers, le Conseil paraît exclure la collectivité des relations entre concessionnaire et usagers et considérer que le stipulant est sans qualité pour agir à l'encontre du promettant.

Cette décision qui paraît regrettable, renforce la situation du concessionnaire en face d'usagers isolés et méconnaît le caractère administratif du contrat de concession.

(3) C. E. 6 décembre 1935, *Recueil*, p. 1.148, et *Sirey* 1936, III, 65, note de M. Laroque. Cité antérieurement.

La concession en effet, est-elle vraiment une stipulation pour autrui ? (4). Tout effort pour adapter à un cadre tout fait un contrat de droit public n'est-il pas forcément arbitraire ? N'est-il pas préférable de dire que la concession du service public est tout simplement un contrat propre au droit public par lequel le concessionnaire s'engage vis-à-vis de la collectivité à assurer le fonctionnement du service concédé ? (5). Si la satisfaction de tous les usagers est la fin de ce contrat, ce qui est indéniable, la commune se trouve avoir contracté au nom de tous les intérêts individuels ; elle est fondée alors à exiger l'exécution du service à l'égard de chacun.

En agissant ainsi la commune exerce un droit propre différent de celui appartenant à chacun des usagers.

Dans ces conditions, et contrairement à la jurisprudence précitée, l'usager contribuable est recevable à demander au juge du contrat de concession, au nom de la commune — selon la procédure de l'article 123 — la condamnation du concessionnaire qui n'assurerait pas le fonctionnement du service conformément au cahier des charges, alors même

(4) Depuis plusieurs années, la jurisprudence admet l'existence dans les contrats de concession, de véritables « stipulations pour autrui de nature administrative ». Cette jurisprudence permet en conséquence aux bénéficiaires de la stipulation d'exiger le respect par l'exercice d'une action devant le juge du contrat de concession lui-même. (Pour les stipulations en faveur du personnel, voir : C. E. 22 juillet 1927, *D. P.* 1928, III, 41, note de M. Marcel Waline). (Pour les stipulations en faveur des usagers, voir C. E. 29 octobre 1926, *Gay, D. P.* 1928, III, 4).

(5) Pour toute cette discussion, voir la très intéressante thèse de M. Laroque, déjà citée par 99 et suivante.

qu'on ne lui reprocherait que le refus des prestations à un seul usager (6).

L'action du contribuable, fonction de celle de la commune, a donc une portée appréciable puisqu'elle permet d'obtenir à son profit le fonctionnement du service. Mais si tel est le principe, en pratique il n'en est pas tout à fait de même.

b) *Difficultés pratiques*

Cette recevabilité théorique de l'action n'entraînera pas, en général sa réussite pratique. Le contribuable usager agissant au nom de la commune ne pourra pas réclamer autre chose que la seule application des sanctions contractuelles qui sont à la disposition de la commune concédante : déchéance, mise en régie provisoire et dommages-intérêts.

La jurisprudence offre des exemples de contribuables demandant à exercer, au nom de la commune concédante, l'action en résolution du contrat de concession (7). Mais il est évident que de telles sanctions apparaissent au juge, trop lourdes, lorsqu'on les demande en se fondant sur un refus individuel de prestation du service public (8). Elles ne seront mises en jeu que si les faits d'inexécution atteignent une certaine gravité.

Pour que l'action du contribuable soit efficace et

(6) C. E., 22 mai 1914, Rougier-Labergerie, *Recueil*, p. 626. Cité par M. Laroque.

(7) Décret en C. E., 1907, Baron, *Recueil*, p. 1.017.

(8) C. E., 30 mars 1928, Société Sud-Electrique, *Recueil*, p. 480.

présente un réel intérêt, il faudrait qu'elle puisse aboutir à la condamnation sous astreinte du concessionnaire, à l'exécution du service. Mais les tribunaux répugnent à prononcer de telles condamnations. Quand l'astreinte est poursuivie contre l'administration, le principe de l'indépendance de cette dernière à l'égard du juge justifie cette attitude de la jurisprudence. Elle se justifie moins, par contre, à l'égard du concessionnaire. Dans certains arrêts, on voit le Conseil d'Etat condamner à des dommages-intérêts « si mieux n'aime l'administration exécuter les travaux » (9). Cette formule, dans les espèces qui intéressent le contribuable usager d'un service public, agissant en vertu de l'article 123, ne peut être d'aucun secours. L'indemnité attribuée au contribuable usager ne saurait que compenser le dommage subi par la commune et non celui effectivement éprouvé par le demandeur. Or, quel peut être le préjudice subi par une commune du fait que le concessionnaire d'un de ses services publics n'effectue pas de prestations à un usager déterminé ? Il est insignifiant et, en tous cas, à peu près impossible à évaluer.

*
**

L'usager d'un service public communal concédé qui prétendrait se prévaloir de sa qualité de contribuable pour défendre ses intérêts particuliers en utilisant l'article 123 se heurterait donc à une double

(9) C. E., 10 mars 1905, Berry et Chevallard contre commune de Poilly-sur-Tholon, *Recueil*, p. 255.

série de difficultés. Il ne pourrait protéger par cette voie que les intérêts généraux des usagers. Il le ferait, certes, librement : la commune en effet, dispose en ce cas, d'une action et les sanctions seront proportionnées à l'importance du but poursuivi. Mais l'usager ne se plaint généralement pas d'une inorganisation plus ou moins absolue du service public ; il ne recherche le plus souvent que le fonctionnement de ce service à son égard. C'est dire que la protection offerte aux contribuables communaux par l'article 123 ne peut généralement pas être utilisée par les usagers des services publics communaux concédés.

Ceci, dira-t-on, ne peut pas être mis au passif d'une institution que nous étudions sous l'angle exclusif de la protection du contribuable. Celui-ci n'a guère, en cette seule qualité, qu'un intérêt indirect au fonctionnement normal des services publics communaux concédés. Seules les subvention municipales versées au concessionnaire par la commune peuvent l'intéresser directement, puisqu'elles se traduisent toujours par des impôts.

Mais un examen superficiel nous avait laissé entrevoir dans ce domaine, pour notre institution, la possibilité d'un développement intéressant, développement qui, s'il avait été réalisable, aurait pu nous amener à tempérer le grief initial que nous avons fait à l'article 123. Une analyse approfondie s'imposait donc. Elle a malheureusement réduit ces espoirs à bien peu de chose : le souci de l'intérêt général,

en effet n'est pas si répandu qu'il puisse procurer à notre institution une expansion compensatrice.

L'impossibilité mise à toute extension accuse ainsi le caractère spécial que nous avons reproché à la protection réalisée, pour le contribuable communal, par l'article 123. Cette première insuffisance est aggravée par le caractère illusoire et aléatoire que confèrent à cette protection les formalités procédurales dont elle est assortie.

Nous retiendrons ces deux insuffisances, pour rechercher maintenant si la jurisprudence n'a pas tenté d'y porter remède ⁽¹⁰⁾.

(10) Le Conseil d'Etat, nous l'avons vu, a pallié, par une jurisprudence récente les inconvénients qui résultaient de l'impossibilité où se trouvaient les usagers de défendre leurs intérêts particuliers en utilisant l'article 123. Ils peuvent aujourd'hui revendiquer dans leur intérêt personnel, en dehors de l'autorité concédante, les avantages prévus par la réglementation du service (ou par le contrat qui les lie au concessionnaire. (C. E., 6 mai 1931, Tondut, *Sirey*, 1931, III, 81, et la note signée P. L.) et (C. E., 4 décembre 1936, *D. P.*, 1937, III, IV).

Cette jurisprudence cristallise le peu d'ampleur de la protection réalisée par l'article 123. On ne peut chercher et on ne cherchera à l'utiliser que dans l'intérêt général des usagers des services publics communaux concédés. Son utilisation en ce domaine ne peut donc être qu'extrêmement restreinte.

CHAPITRE VIII

Les tentatives jurisprudentielles pour pallier les insuffisances de la protection du contribuable communal par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884.

La protection offerte aux contribuables communaux par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884 est, venons-nous de voir, spéciale et aléatoire. Mais regretter son caractère particulier, c'est souhaiter son extension ; déplorer les risques qu'elle comporte, c'est désirer limiter son emploi au cas où le succès est certain ou, autrement dit, c'est restreindre son application. Tenter de pallier à la fois, ces deux insuffisances semble à priori contradictoire.

La contradiction n'est qu'apparente, car ces deux griefs envisagent des situations différentes. L'action communale est une entrave lorsque le contribuable dispose d'une action personnelle ; son utilité par contre est incontestable s'il en est dépourvu. Dès lors, comment, dans un cas, écarter l'article 123 ; comment, dans l'autre, en faciliter l'utilisation ?

C'est à la notion d'intérêt communal qu'il fallait s'attaquer : le domaine de notre institution, en effet,

en est étroitement solidaire. S'il était en cause, l'action de la commune s'imposait ; s'il n'existait pas, elle ne pouvait pas être invoquée. La jurisprudence essaya d'assouplir cette double formule.

Dans les hypothèses où, faute d'un intérêt suffisant, le contribuable n'avait pas d'action directe ou n'hésita pas à invoquer un intérêt communal souvent douteux, pour conférer à la commune l'action dont le contribuable pourrait indirectement profiter.

Dans les cas, au contraire, où celui-ci pouvait personnellement agir, on s'attacha à minimiser ou même à méconnaître l'intérêt communal qui aurait *imposé* la procédure de l'article 123.

Ce sont ces deux tendances qu'il nous faut analyser en étudiant successivement la tentative jurisprudentielle d'extension de l'article 123, puis la tentative jurisprudentielle de dispense de l'article 123.

SECTION I

LA TENTATIVE JURISPRUDENTIELLE D'EXTENSION DE L'ARTICLE 123

Notre institution n'offrait aux contribuables communaux qu'une protection limitée à la vie juridique de la commune. Le Conseil d'Etat prétendit l'étendre à sa vie financière elle-même.

Il fallait pour cela, supposer que la commune, envisagée comme personne morale, avait un intérêt personnel à faire annuler les délibérations de son

Conseil municipal engageant des dépenses irrégulières, et que cet intérêt lui conférait un recours. Dès lors, tout contribuable eut été admis à mettre en œuvre, cette action au nom de la commune.

Juridiquement, pareille construction, bien qu'elle eut l'incontestable défaut de dévier de sa portée légale un texte conçu pour jouer dans le cadre de la vie juridique des communes n'était cependant pas inacceptable. Néanmoins, ce détour qui aurait transformé le recours du contribuable en un recours de la commune manié par ce dernier, n'était pas très satisfaisant pour l'esprit.

Prenons cependant un exemple pour expliquer la technique du système. Par une délibération un Conseil municipal autorise son Maire à traiter de gré à gré avec un entrepreneur en vue d'exécuter certains travaux. Le marché conclu, un contribuable persuadé qu'il l'a été de façon irrégulière estime que la commune a subi un gros préjudice et qu'elle aurait intérêt à demander par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation de ladite délibération et du marché qui a suivi.

Notre contribuable met le Conseil municipal en demeure de recourir à cette procédure. L'assemblée municipale refuse. Agissant alors en application de l'article 123, exerçant l'action qui, à son avis, appartient à la commune, il défère, après autorisation du Conseil de Préfecture, la délibération devant le Conseil d'Etat aux fins d'annulation.

Avec cette méthode, il est facile de voir que le champ d'application de l'article 123 s'étendrait déme-

surément. Pratiquement, l'autorisation nécessaire du Conseil de Préfecture constitue un obstacle gênant.

Aussi, après avoir posé des jalons dans ce sens ⁽¹⁾, le Conseil d'Etat, assez vite, abandonna cette voie, pour investir personnellement les contribuables communaux d'une action directe, le recours pour excès de pouvoir.

Mais, avant d'en arriver à ce dernier, il nous faut examiner la seconde tendance de la jurisprudence, tendance qui, à la différence de celle-ci, continue de se développer, et présente un intérêt actuel. Il n'aurait servi à rien, en effet, d'élargir pour les contribuables des communes, les possibilités d'action directe, si la simple existence d'un intérêt communal avait pu suffire, comme par le passé, à les rendre vaines.

SECTION II

LA TENTATIVE JURISPRUDENTIELLE DE DISPENSE DE L'ARTICLE 123

La procédure de mise en jeu de notre institution nous est apparue, à l'étude, à la fois stricte et complexe. Cette complication constituait un obstacle certain à une protection sérieuse. Aussi, dans les cas où, à défaut de l'action communale, le contri-

(1) Conseil d'Etat (4 mars 1887, Mainguet, *Sirey*, 1888, III, 135). (23 mai 1890, Siméon et autres, *Recueil*, p. 524).

buable demandeur pouvait disposer d'une action directe, il se dégagea bientôt de la jurisprudence une tendance très nette à rendre plus nombreuses les hypothèses dans lesquelles l'application de l'article 123 ne serait pas requise. L'existence d'un intérêt communal qui est, nous l'avons vu, nécessaire et suffisante pour que le contribuable puisse se prévaloir de l'article 123, entraîna par contre de moins en moins, pour lui, l'obligation de le faire. Dans la plupart des cas, en effet, l'intérêt particulier va de pair avec l'intérêt communal. Pour éviter au requérant de se lancer dans les formalités légales, les tribunaux mirent, de plus en plus fréquemment l'accent sur le premier, et fermèrent les yeux sur celui de la commune. Cette jurisprudence ne manque d'ailleurs pas de subtilité et l'étude des cas d'espèces est indispensable pour éclairer ses deux aspects.

1° EST DISPENSÉ DE LA PROCÉDURE DE L'ARTICLE 123 LE
DEMANDEUR QUI SE PRÉVAUT D'UN DROIT PERSONNEL
INDÉPENDANT DU DROIT DE LA COMMUNE.

C'est ainsi qu'un très vieil arrêt a jugé qu'un habitant n'était pas tenu de se plier aux formalités de l'article 123 pour faire valoir son droit de jouissance sur un puits situé sur un terrain communal voisin de sa demeure (2).

Plus récemment, dans une espèce à peu près sem-

(2) Cour d'Appel de Besançon, 17 mars 1869, *Dalloz Périodique*, 1869, II, 96.

blable, un particulier qui prétendait avoir acquis par prescription des droits sur un puits creusé dans le talus d'un chemin vicinal a été déclaré recevable à intenter en son nom personnel une action en dommages-intérêts contre le tiers qui avait comblé le puits. Ceci sans emprunter l'action de la commune et par suite la procédure de l'article 123 ⁽³⁾.

Pourtant, dans ces deux hypothèses, la commune était titulaire du droit le plus important : celui de propriété. Elle a donc un intérêt certain et direct aux instances qui vont se dérouler. Cet intérêt aurait pu la conduire à exercer elle-même les actions que son droit lui confère ou, tout au moins, obliger — en cas d'inaction de sa part — le demandeur à passer par les formalités de notre article.

Pour rendre de telles décisions qui ont fait jurisprudence, les juges se sont fondés sur le fait que les requérants poursuivaient la reconnaissance de droits distincts du droit des communes. Il était donc possible alors de négliger l'intérêt communal et permettre au demandeur d'utiliser les actions personnelles attachées à leur droit.

En effet, l'intérêt de la commune était lié au droit de propriété, celui des requérants au droit d'usage ou de jouissance. La dissociation des deux intérêts était donc concevable et facilement réalisable.

Il en va différemment dans d'autres hypothèses où le droit du demandeur est suspendu à l'existence

(3) Cour d'Appel de Lyon, 5 mars 1905, *D. P.*, 1905, II, 435. Arrêt Berger contre Rocheton (note).

du droit communal. Les intérêts du requérant et de la commune au lieu de différer coïncident.

2° EST DISPENSÉ DE LA PROCÉDURE DE L'ARTICLE 123 LE
DEMANDEUR QUI SE PRÉVAUT D'UN DROIT PERSONNEL
SUSPENDU QUANT A SON EXISTENCE A CELUI DE LA
COMMUNE.

Le droit du demandeur est ici, lié au droit de la commune. L'intérêt communal est du même ordre que l'intérêt personnel du requérant. Il est impossible de les dissocier pour n'en consacrer qu'un à titre exclusif. On ne peut nier l'intérêt communal quand l'existence du droit de la commune est en cause. Pour éviter au contribuable les formalités de l'article 123, il fallut ne plus lier le respect de ces formalités à la simple existence d'un intérêt communal dans l'instance, mais le conditionner à la prépondérance de cet intérêt communal sur l'intérêt personnel du requérant. Des circonstances de fait permettant de penser, qu'en invoquant tel droit communal, on poursuit moins l'intérêt de la commune que la reconnaissance et le bénéfice du droit personnel qui en découle pour le demandeur, les tribunaux mettront l'accent sur l'intérêt particulier de celui-ci après en avoir apprécié la prédominance. Appréciation délicate, souvent arbitraire d'ailleurs, comme l'analyse de quelques espèces va nous le montrer.

La jurisprudence a fait notamment de ces idées, une application constante, et déjà lointaine, au rive-rain d'une voie publique se prévalant d'un droit

communal en vue du maintien, à l'encontre des tiers, des prérogatives personnelles qu'il peut tenir de sa situation. Il invoque le droit de la commune dans son intérêt privé, non pas au nom et pour le compte de cette dernière. Il n'est pas, dès lors, obligé de se conformer aux formalités de l'article 123 (4).

Cette jurisprudence paraissait limitée au riverain d'une voie publique, quand un arrêt de la Chambre des Requêtes du 3 février 1932 vint en généraliser la portée. Un individu était poursuivi devant le tribunal de simple police en vertu de l'article 475, 10°, du Code Pénal, pour avoir fait passer une charrette sur un champ non encore dépouillé et vidé de ses récoltes. Pour sa défense, le prévenu avait prétendu que ce champ faisait partie d'un chemin vicinal reconnu et classé, appartenant à la commune. Devant le juge civil, après renvoi du tribunal de simple police pour faire statuer sur la question préjudicielle de la propriété du terrain sur lequel la contravention aurait été commise, l'intéressé avait demandé que soit reconnu le droit de la commune sur le chemin. La partie adverse s'y opposa en prétendant que le droit de la commune ne pouvait être invoqué que dans le cadre de l'article 123. La Cham-

(4) Cassation, Chambre des Requêtes, 12 novembre 1899, S., 1891, I, 232 (*Recueil chronologique*).

Cassation, Chambre Civile, 2 mars 1892, S., 1892, I, 80 (*Recueil chronologique*).

Cassation, Chambre Civile, 15 juin 1895, S., 1895, I, 412.

« Le riverain d'une voie publique est recevable à faire valoir dans son intérêt personnel les droits qu'il tient sur cette voie de la situation et de la loi sans être tenu d'observer les formalités de l'article 123 ».

bre des Requêtes trancha le débat en déclarant que le demandeur, en reconnaissance de propriété avait un intérêt privé, et que c'était en vertu de cet intérêt personnel qu'il agissait, et nullement en tant que représentant ou même habitant de la commune. Dans ces conditions, il utilisait une action personnelle et était ainsi dispensé d'observer les formalités de l'article 123. Cet arrêt ne fait aucune allusion à la qualité de « riverain » du contribuable demandeur, et c'est ce qui en fait l'intérêt en permettant d'affirmer son caractère de décision de principe (5). Chaque fois qu'une partie est amenée, dans un procès, à se prévaloir d'un droit communal dans son intérêt personnel, pour mieux asseoir un droit propre, elle est dispensée des formalités de l'article 123 : elle n'agit pas « ut universi » mais « ut singuli ».

Dans un arrêt du 20 avril 1937, la Chambre des Requêtes apporte une confirmation éclatante à sa jurisprudence. Il s'agissait, pour la Cour de Cassation, de trancher une question de propriété de puits et de « quéreux ». Certain habitant d'un village soutenait qu'un puits, ainsi que les « quéreux » de ce puits, étaient sa propriété exclusive, prétention à laquelle s'opposaient d'autres habitants du village qui prétendaient voir dans le puits et ses quéreux une propriété collective du village. Le demandeur leur objecta que leur action ne pouvait être qu'une

(5) Cassation, Chambre des Requêtes, 3 février 1932, *S.*, 1932, I, 124 ; *Gazette du Palais*, 1932, I, 690; La jurisprudence administrative est également en ce sens. Voir (C. E., 9 décembre 1895, *D.*, 97, III, 19).

action collective, enfermée dans le cadre de l'article 123. Les juges du fond constatèrent que les habitants agissaient « ... non comme contribuables, mais en leur nom, pour leur compte et dans leur intérêt personnel, pour faire valoir en co-intéressés leurs droits strictement personnels, leur appartenant d'une façon exclusive et à titre particulier ». Les défendeurs objectaient le droit de propriété de la commune dans le seul but d'asseoir (en dehors de toute prescription) leurs propres droits d'usage, donc, dans un intérêt moins communal que personnel ⁽⁶⁾. Cette appréciation est approuvée par la Cour de Cassation et c'est par l'étude des faits de la cause que la Cour Suprême entend justifier sa décision. Elle note, qu'en fait, « l'empierrement des quéreux et le curage du puits étaient effectués, non par la commune, mais par les usagers du puits et à leurs frais » et qu'en conséquence, même à ce point de vue pratique, l'intérêt de la commune n'est pas engagé dans le débat. Dans ces conditions « les formalités et garanties prescrites pour toute action exercée dans l'intérêt de la commune n'avaient pas à être observées ». L'importance de cette décision est, à notre sens, toute particulière, puisqu'elle met parfaitement en évidence le principe que l'intérêt de la commune est la condition nécessaire et suffisante de la mise en jeu de l'article 123. Mais elle nous fait remarquer la facilité, disons l'arbitraire, avec lequel on affirme

(6) Cassation, Chambre des Requêtes, 30 avril 1937, *D. H.*, 27 mai 1937, p. 282.

qu'aucun intérêt communal n'est engagé dans l'instance ; il ne serait pas très difficile d'en découvrir un. En réalité, comme nous le disions au début, l'existence d'un intérêt communal, nécessaire et suffisante pour que le contribuable puisse se prévaloir de l'article 123, entraîne par contre de moins en moins, pour lui, l'obligation de le faire. Il en est ainsi, nous venons de le voir, dans le domaine des intérêts patrimoniaux. La tendance jurisprudentielle n'est pas moins nette dans celui des intérêts moraux.

Un arrêt récent en témoigne (7). Un citoyen s'était constitué partie civile en dénonçant des crimes ou délits qui, à son sens, avaient été commis par le maire de la commune. La collectivité communale a, dans pareille hypothèse, un intérêt puissant à ce que soit tranchée dans un sens ou dans un autre, la question de la moralité et de l'honnêteté de son premier magistrat. Le maire en avait pensé ainsi et déniait à l'auteur de la constitution de partie civile, la possibilité de passer outre les formalités de l'article 123. La Cour d'Appel de Riom a admis la constitution de partie civile, argument pris de ce que « ... tout citoyen avait le droit personnel de dénoncer les infractions parvenant à sa connaissance et celui de porter partie civile dès qu'il justifiait d'un intérêt — et que ce droit ne pouvait être limité parce qu'il s'agissait de la personne du maire de la commune... ».

Ainsi, la mise en œuvre procédurale à la fois

(7) Cour d'Appel de Riom, 16 janvier 1936, *Gazette des Tribunaux* du 10 mars 1936.

stricte et complexe de notre institution, obstacle certain à une protection sérieuse du contribuable communal, a amené la jurisprudence, dans les cas où, à défaut d'action communale, celui-ci peut disposer d'une action directe, à rendre plus nombreuses, tant dans le domaine des intérêts patrimoniaux du contribuable, que dans celui de ses intérêts moraux, les hypothèses dans lesquelles l'application de l'article 123 ne serait pas requise.

Cette jurisprudence, en la rendant inconditionnelle, donne toute sa valeur à la possibilité, aujourd'hui ouverte aux contribuables communaux, d'attaquer directement, par le recours pour excès de pouvoir, les délibérations du Conseil municipal engageant des dépenses irrégulières. C'est à cette possibilité que nous arrivons maintenant, avec l'étude de la protection actuelle du contribuable communal.

CHAPITRE IX

La protection actuelle du contribuable communal

Le contribuable communal bénéficie à la fois aujourd'hui :

— d'une protection jurisprudentielle, le recours pour excès de pouvoir ;

— et d'une protection légale, le recours ordinaire en matière de contributions directes.

Nous les étudierons successivement et brièvement, pour montrer ensuite, dans un appendice, que ces garanties, bien qu'insuffisantes, font au contribuable communal une situation que le contribuable d'état lui envierait volontiers.

SECTION I

LA PROTECTION JURISPRUDENTIELLE DU CONTRIBUABLE COMMUNAL : LE RECOURS POUR EXCES DE POUVOIR

La recherche d'une protection utile des intérêts financiers des collectivités locales et de leurs contri-

buables fut longtemps l'une des grandes préoccupations du Conseil d'Etat. L'extension de notre institution s'étant avérée difficile, il songea à élargir la notion « d'intérêt » dont il faut faire preuve pour être admis à venir discuter devant lui, par la voie du recours pour excès de pouvoir, la légalité d'une décision administrative. Il fut amené à reconnaître au contribuable communal l'intérêt personnel et la qualité nécessaire pour user de la voie de nullité ouverte par les articles 63 et 65 de la loi municipale contre les délibérations nulles (1).

Mais en 1901, à propos du contribuable communal, l'arrêt CASANOVA ouvrait la voie à la jurisprudence qui reconnaît aux contribuables des collectivités locales, ou du moins à ceux d'entre eux qui acquittent des impôts directs, la possibilité de demander l'annulation des décisions prises par leurs représentants et engageant les finances de ces collectivités (2).

Du jour de l'arrêt CASANOVA, le Conseil d'Etat prenait en mains la tutelle financière des administrations locales. Admettre tout contribuable d'une com-

(1) Voir : *Alibert* « Le contrôle juridictionnel de l'administration », p. 96 et suivantes.

Hauriou « Précis de droit administratif ». Edition 1933, p. 424.

(2) Le contribuable communal ne peut pas venir directement, devant le Conseil d'Etat, pour discuter de la régularité des délibérations du Conseil municipal de sa commune, relatives, par exemple, à l'élaboration du budget. Il est seulement recevable à demander au Préfet l'annulation de ces délibérations par le jeu des articles 63 et 65 de la loi municipale. Il est ensuite loisible à ce même contribuable de se pourvoir, s'il y a lieu, devant le Conseil d'Etat contre l'arrêté du Préfet. (C. E., 12 mai 1933, *D. Hebd.*, 1933, p. 369). Telle est la voie ouverte au contribuable communal par l'arrêt Casanova (Cons. d'E., 29 mars 1901).

mune, en cette seule qualité, à demander, ainsi que dans l'espèce, conformément à l'article 65 de la loi du 5 avril 1884, la nullité d'une délibération du Conseil municipal engageant une dépense, prononcer l'annulation de cette délibération « erga omnes » pour illégalité, c'était de la part du Conseil d'Etat, s'offrir à exercer désormais, sur le plan juridictionnel, la surveillance financière que l'administration active exerçait seule, jusque là, par la voie préventive de la tutelle. C'était non seulement inciter les contribuables isolés à provoquer ce contrôle, mais encore les pousser à constituer des « ligues » qui épulcheraient méthodiquement les budgets municipaux, et étudieraient avec minutie les délibérations susceptibles de produire des conséquences financières.

Le Conseil d'Etat s'imposait ainsi un rôle de tuteur, de régent des Conseils municipaux. A raison de la relative faiblesse de la tutelle administrative, il acceptait de jouer là un rôle fort salubre. La hiérarchie préfectorale s'étant trouvée, par la force des choses, quelque peu déviée de son rôle originaire, on ne pouvait que se féliciter de voir la tutelle administrative passer entre les mains d'un organe nouveau. Soustrait aux préoccupations de la politique électorale, fort de l'autorité que donne la collégialité, le Conseil d'Etat ne pouvait être qu'un excellent tuteur. De plus, il était bon que les conditions et l'exercice de la décentralisation administrative, qui est à base de liberté, soient contrôlés par un juge, seul garant possible d'une liberté.

Tous les contribuables des communes sont-ils reçus

à se pourvoir devant le Conseil d'Etat ? La haute juridiction administrative n'a pas cru devoir pousser son rôle de protection et de tutelle à un point tel qu'elle eût dû donner à la notion « d'intérêt » son sens le plus large et le plus compréhensif. Elle écarte l'habitant comme ne justifiant pas d'un intérêt suffisant, pour ne recevoir que le contribuable qui paie des impôts directs et dont le lien avec la collectivité est prouvé par le rôle nominatif.

Quel a été le but du Conseil d'Etat quand il a admis, avec cette restriction, le recours des contribuables communaux ?

Dans l'arrêt CASANOVA, le Conseil d'Etat laissait entendre qu'il s'offrait à exercer un rôle de surveillant financier des communes, et c'est cette fonction de tutelle que Maurice HAURIU, l'éminent annotateur de l'arrêt dans le *Sirey* ⁽³⁾ dégageait comme ayant été la pensée maîtresse qui avait conduit le Conseil d'Etat à cette remarquable innovation de sa jurisprudence. Et l'évolution de celle-ci devait confirmer que la préoccupation du Conseil d'Etat était bien d'exercer avant tout, un contrôle juridictionnel sur les collectivités locales soumises à la tutelle administrative : département, colonies. C'est essentiellement le manque de confiance du Conseil d'Etat dans la qualité de la gestion des autorités locales qui est à l'origine de son idée d'extension de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir : il voulait étendre

(3) *Sirey*, 1901, III, 73.

son contrôle juridictionnel (4). Qu'il en soit résulté pour les contribuables locaux la protection de leurs intérêts, c'est l'évidence même, mais il n'en reste pas moins que cette protection n'a jamais été le souci immédiat du Conseil d'Etat. Il préféra pallier directement les faits généraux qui la rendaient nécessaire, s'attachant à supprimer la cause plus qu'à remédier aux effets.

Quoi qu'il en soit, l'essentiel est pour nous qu'il en soit résulté, à l'égard du contribuable communal, une protection efficace et générale ; celle-ci ne laisse qu'un intérêt rétrospectif à la tentative d'extension par la jurisprudence, de l'article 123, et enlève même tout objet aux espoirs un peu forcés que l'on avait placés en lui. Par contre, comme nous l'avons remarqué, la tendance des tribunaux à dispenser de l'action communale conserve toute sa valeur, puisqu'elle rend inconditionnel, dans des cas de plus en plus nombreux, l'usage direct du recours pour excès de pouvoir.

Mais si protection du contribuable n'est ici qu'une conséquence indirecte, elle fut au contraire directement poursuivie par le législateur, et c'est à cette protection légale qu'il faut maintenant nous consacrer.

(4) Voir Tony Sauvel, « Le contrôle des finances municipales », dans la revue politique et parlementaire, 1932, p. 327.

SECTION II

LA PROTECTION LEGALE DU CONTRIBUABLE COMMUNAL : LE RECOURS ORDINAIRE EN MATIERE DE CONTRIBUTIONS DIRECTES

A côté du recours pour excès de pouvoir, protection jurisprudentielle du contribuable communal, celui-ci est encore investi d'une protection légale. Un autre recours lui est en effet ouvert contre les délibérations du Conseil municipal : le recours ordinaire en matière de contributions directes, réorganisé par la loi du 27 décembre 1927.

Mais tandis que le recours de l'article 65 avait pour but et pour effet l'annulation complète « erga omnes » de la délibération attaquée, il ne s'agit plus ici que d'un recours dont les effets sont strictement limités au réclamant seul.

En vertu de la loi de 1927, toutes les réclamations en décharge ou réduction d'impositions, en matière de contributions directes et de taxes assimilées, doivent être soumises d'abord au Directeur des Contributions Directes, avant d'être portées devant le Conseil de Préfecture. Il en résulte que ce haut fonctionnaire se trouve appelé à apprécier la légalité des délibérations des Conseils municipaux, en matière de contributions directes, et par suite, des arrêtés préfectoraux approuvant ces délibérations. Il est

toujours loisible au Conseil municipal de faire appel devant le Conseil de Préfecture, de la décision du Directeur, au cas où ce dernier accorderait au contribuable auteur de la réclamation, la décharge ou la réduction de l'imposition contestée.

De toutes façons, le Conseil ou le directeur ne peuvent pourtant que contester la légalité des impôts exigés du contribuable. Au contraire, dans le cas du recours pour excès de pouvoir, c'est la légalité des dépenses prévues par le Conseil municipal qui est contestée. Il est important de noter cette différence entre la portée des deux recours quant à leur objet respectif.

C'est dans le même esprit de protection des contribuables communaux que les délibérations par lesquelles les municipalités instituent les taxes locales prévues par la loi du 13 août 1926 doivent, avant leur approbation par le préfet, être soumises pour avis au directeur des Contributions directes.

Par ailleurs, la délibération par laquelle un Conseil municipal vote une imposition extraordinaire, ou établit l'une des taxes prévues par la loi du 13 août 1926, ainsi que l'arrêté préfectoral ou décret l'approuvant, peuvent toujours être attaqués par un contribuable devant les tribunaux administratifs ; se fondant sur l'irrégularité de ces actes, il demandera décharge de la part d'imposition inscrite à ce titre sur sa cote.

Ainsi, tant par ces recours légaux, que par le recours jurisprudentiel de l'excès de pouvoir, les contribuables de la commune sont en mesure d'exercer

un certain contrôle sur les impôts communaux. Mais quelle est la valeur de ce contrôle ?

Ce contrôle se limite cependant à la légalité des délibérations ou approbations. Les municipalités, il faut bien le dire, gardent donc toute latitude, par le vote régulier de taxes habilement choisies, par l'engagement de certaines dépenses de préférence à d'autres, de favoriser certaines catégories de contribuables au détriment des autres, et d'introduire la politique dans un domaine qui devrait être réservé à la technique financière. Il appartient certes aux préfets d'exercer leur droit de tutelle pour s'opposer à l'occasion aux desseins politiques des communes dans le domaine financier. Une circulaire du Ministre de l'Intérieur en date du 16 août 1927 leur rappelle leurs obligations sur ce point, et plus spécialement en ce qui concerne l'approbation à donner aux délibérations portant création de taxes municipales, elle leur recommande de tenir le plus grand compte des avis des directeurs des Contributions directes. Ceux-ci, en effet, sont de par leurs fonctions au courant de la situation financière des communes et de la force contributive de leurs habitants. Leurs avis, étrangers à toute question électorale ou de politique de clocher, sont foncièrement impartiaux et méritent d'être pris en considération par le préfet⁽⁵⁾.

Les contribuables communaux ne peuvent donc exercer qu'un contrôle limité sur la gestion finan-

(5) Voir sur ce point Allaux Jean : « Le rôle du contribuable dans la répartition des charges fiscales », *thèse*, Paris, 1933, p. 80 et suivantes.

cière des municipalités, et pour solides que soient les bases jurisprudentielles et légales des garanties dont ils jouissent aujourd'hui, celles-ci ne s'avèrent pas moins très insuffisantes. Leur situation nous apparaîtra cependant privilégiée, lorsqu'un court appendice nous aura permis d'analyser celle des contribuables d'Etat.

APPENDICE

La situation du contribuable de l'état

Le contribuable de l'Etat se trouve dépourvu de toute garantie ou presque. Le Conseil d'Etat lui refuse en effet le droit de se pourvoir devant lui par la voie du recours pour excès de pouvoir⁽¹⁾.

Cette attitude s'explique par les raisons suivantes : le Conseil d'abord accorde à l'Etat et à ses administrations, en raison de leur personnel mieux recruté et surtout mieux contrôlé une confiance moins diminuée. En outre, et surtout, les décisions les plus importantes intéressant les contribuables de l'Etat sont prises par le Parlement et ne peuvent donc pas être attaquées devant une juridiction, du moins en l'état actuel de notre législation et de son interprétation jurisprudentielle. Enfin, pratiquement, la recevabilité étendue aux contribuables de l'Etat porterait devant notre haute juridiction administrative un trop grand nombre d'affaires.

Les contribuables de l'Etat se trouvent donc sans

(1) Conseil d'Etat, 25 juin 1920, *Le Doussal et Metour*, *D. P.*, 1922, III, 8.

(Conseil d'Etat, 13 février 1930, *Dufour*, *D. Hebdomadaire* de 1930, p. 255).

protection. Leur défense pourtant aurait pu être envisagée sous la forme du contrôle de la constitutionnalité des lois, mais les tribunaux ne l'entendent pas ainsi⁽²⁾.

Si ceux-ci en effet ont parfois interprété des textes constitutionnels, ils n'ont jamais voulu exercer le contrôle de la constitutionnalité des lois. Faisant état de textes révolutionnaires ou post-révolutionnaires qui règlent les rapports du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif, les tribunaux refusent d'apprécier les textes émanant du pouvoir législatif quand la question de légalité leur est posée. Deux arrêts récents du Conseil d'Etat tranchent une fois de plus le problème avec netteté en décidant qu' « en l'état actuel du droit public français, le moyen tiré de l'inconstitutionnalité d'une loi n'est pas de nature à être discuté devant le Conseil d'Etat statuant au contentieux » (C. E., 6 novembre 1936, Dame Coudert et Arrighi, S., 1937, III, 33, note Mestre).

La toute dernière tendance est la même chez les tribunaux de droit commun ; une décision récente du tribunal correctionnel de Nantes, en date du 17 novembre 1936 (*Gazette du Palais* des 7-8 février 1937), affirme que « la constitutionnalité de la loi échappe à l'appréciation des tribunaux ».

Dans ces conditions, s'il est possible de concevoir la défense des contribuables de l'Etat en théorie, la pratique n'offre aucun moyen. Rien cependant ne

(2) Voir dans Hauriou : *Traité de droit constitutionnel*, édition de 1929, p. 288 et suivantes, un exposé complet de la question du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

serait plus souhaitable qu'un contribuable manifestement spolié par une loi fiscale injuste puisse défendre ses intérêts devant les tribunaux. Aucune garantie ne vient compenser l'exclusion du recours pour excès de pouvoir et des autres moyens, notamment l'article 123 de la loi de 1884, dont bénéficient les contribuables communaux. De ce fait, se trouve aggravée une différence de traitement qui rend presque enviable la situation faite au contribuable communal pour insuffisante et précaire qu'elle nous soit cependant apparue.

CONCLUSION

L'article 123 dans l'évolution générale de notre droit public

Lors de sa création, on aurait pu difficilement examiner l'article 123 sous l'angle exclusif de la sauvegarde du contribuable communal ; celui-ci n'avait pas été le seul à être pris en considération. Mais le développement considérable de la fiscalité municipale nous ayant donné à penser qu'ultérieurement, l'institution pouvait avoir trouvé là un renouveau d'intérêt, c'est donc en fonction de cette protection que nous en avons étudié successivement la consistance et la valeur.

Cette étude, malheureusement, devait décevoir notre attente. Force nous a été de constater que l'article 123 accusait à cet égard de graves insuffisances, et que, d'ailleurs, la jurisprudence, après avoir en vain tenté d'y pallier, avait renoncé à son utilisation pour recourir à des procédés plus efficaces. Notre institution, envisagée sous l'angle pratique de la protection du contribuable communal, n'offre donc plus aujourd'hui qu'un intérêt en majeure partie rétrospectif. Est-ce à dire qu'à d'autres points de vue, elle n'en présente aucun ?

Il est en réalité remarquable de voir ainsi posé, dans la vie municipale, le principe d'une compétence parallèle appartenant, d'une part à la commune, d'autre part à certains de ses contribuables, à l'effet d'intenter ou de soutenir en justice les actions de la collectivité. La possibilité virtuelle est ainsi conférée à des particuliers, moyennant certaines conditions, de se substituer à la commune défaillante dans l'exercice des droits qui lui appartiennent. Les intérêts publics ne sont donc pas le monopole de l'administration ; celle-ci n'a pas un titre exclusif à la réalisation des fins collectives ; la gestion des intérêts collectifs appartient aussi, d'une manière latente et sous-jacente, à des citoyens membres, mais non fonctionnaires, de la collectivité. L'article 123 confère à certains d'entre eux un véritable pouvoir de collaboration avec l'administration. Notre institution se situe donc sous le signe du grand principe de la collaboration des individus avec l'Etat⁽¹⁾, principe qui, aujourd'hui, occupe une position de premier plan dans notre droit public moderne.

Nous allons voir, en effet, qu'à l'exclusion primitive, tant par la doctrine que par les faits, de cette idée de collaboration des individus avec l'Etat, a succédé sa consécration progressive par ceux-ci, puis par celle-là. Les antécédents historiques déjà lointains de l'article 123 mettront dès lors en évidence

(1) Nous faisons remarquer que le terme Etat embrasse ici l'ensemble de l'administration publique, y compris ses fractions, notamment celle qui nous intéresse tout spécialement : la commune.

le rôle de précurseur joué par lui dans l'évolution générale de notre droit public. Le sens et la portée profonde de notre institution, ainsi précisée, ne seront pas sans en éclairer la nature juridique.

SECTION I

L'EXCLUSION PRIMITIVE, TANT PAR LA DOCTRINE QUE PAR LES FAITS, DE L'IDEE DE COLLABORATION AVEC L'ETAT.

L'idée de collaboration implique celle d'aide mutuelle, d'action concertée de plusieurs intéressés en vue de l'exécution d'un travail commun. Dans le domaine du droit public, elle se traduit par le concours de tous, administrations publiques et administrés, à la recherche et à la réalisation de l'intérêt général. Or, cette collaboration des individus avec l'Etat fut pendant longtemps impossible : en effet, l'Antiquité, le Protestantisme, puis Montesquieu et Rousseau ne virent entre eux qu'antagonisme. La Révolution française fit honneur à cette longue tradition. Elle les opposait d'autant mieux qu'elle les laissait fort éloignés. Leur collaboration, théoriquement inconcevable, restait ainsi pratiquement irréalisable, et rejetée par la doctrine, elle ne risquait pas de se faire jour en fait.

1° L'EXCLUSION, PAR LA DOCTRINE,
DE L'IDÉE DE COLLABORATION DES INDIVIDUS AVEC L'ÉTAT

La conception révolutionnaire de l'individualisme juridique opposait, dans un antagonisme radical, l'individu et l'Etat. Elle a d'ailleurs trouvé dans la doctrine moderne de A. Esmein son plein épanouissement.

L'individu, y déclare-t-on, a pour attribut essentiel l'égalité avec tous ses semblables, il est titulaire d'un certain nombre de droits subjectifs qui constituent ses libertés individuelles. Mais cet individu et ses droits subjectifs sont dominés par l'Etat, dont les prérogatives commencent dès qu'expirent la liberté, l'égalité et l'autonomie des individus.

Les théoriciens et partisans de cet individualisme révolutionnaire cherchèrent à concilier ces droits antagonistes, mais ces efforts doctrinaux furent vains dans le domaine des réalités. La puissance des prérogatives de l'Etat, dans cette conception, est par trop écrasante vis-à-vis des droits des individus, pour que la recherche d'un équilibre satisfaisant entre ces droits antagonistes ait pu aboutir à autre chose qu'à un résultat purement doctrinal. Rousseau et après lui Kant, Esmein et la doctrine individualiste française la plus classique, n'ont trouvé au bout de leurs peines que l'impérium et la suprématie de l'Etat.

Dans le domaine des réalités pratiques, cet impérium étatique crée entre les individus et l'Etat une barrière infranchissable pour les premiers et per-

méable à l'Etat seul. La puissance publique pourra s'assujettir les citoyens et leurs biens, s'incorporer les personnes par les fonctions publiques et le service militaire, s'annexer leurs biens par l'impôt et l'expropriation pour cause d'utilité publique. Certes, des contacts s'établiront entre l'administration et les administrés, mais ces rapports seront, quant à ces derniers, de l'ordre de la sujétion et en aucune manière de l'ordre de la collaboration. La suprématie de l'Etat est ici trop accusée pour ne pas signifier la négation de toute espèce de collaboration. Or, cette conception individualiste des rapports des citoyens avec la puissance publique domine toute la structure de notre régime administratif.

La doctrine s'est efforcée d'affirmer que ce régime n'est pas un pouvoir de domination. Il ne saurait être, en effet, une simple vue de l'esprit et une « fin » en lui-même. C'est une machine qui travaille dans un but bien déterminé : « le service public ». Le lourd mécanisme des prérogatives de l'administration ne peut être qu'un « moyen » dont le service public est la « fin ». Or, celui-ci est lui-même nécessité par l'intérêt général.

En réalité, la conception qu'on se fit au début du service public lui donnait un caractère trop étriqué et autoritaire pour autoriser les particuliers à poursuivre l'intérêt général en collaborant avec l'administration : celle-ci en monopolisait la recherche et la réalisation. Elle se souciait peu de collaboration. La doctrine individualiste, en effet, considérant l'individu comme la seule réalité naturelle, l'Etat n'étant

que la création artificielle d'un contrat social, tendait évidemment à se doubler d'un libéralisme politique cantonnant la fonction étatique dans un rôle « aussi borné que possible ». Au xix^e siècle, le service public était déjà, comme aujourd'hui, à base d'utilité publique, mais on donnait à cette dernière notion son sens le plus étroit. Le terme de nécessité publique est d'ailleurs infiniment mieux adapté pour désigner et qualifier les quelques services publics dont l'Etat assumait la charge (armée, fisc, justice, police générale, etc...) (2). Sans doute, ces services publics tendaient à la satisfaction du public et de ses intérêts, mais ils exprimaient de façon encore plus nette la domination et l'autorité de la puissance publique. Comment, dans une pareille conception du service public, la collaboration des particuliers avec l'administration aurait-elle pu être organisée ? A ce stade primitif de notre évolution administrative, il ne pouvait se créer que suspicion à l'égard d'une semblable collaboration qui aurait paru susceptible d'affaiblir une autorité étatique se manifestant dans des services publics essentiellement autoritaires.

Ainsi, le service public, comme le pouvoir administratif répugnaient à l'idée de collaboration et ces deux éléments de notre régime administratif opposaient dans un même antagonisme doctrinal l'Etat aux individus.

(2) Voir Belin (J.), « La notion d'utilité publique en droit administratif français », *thèse*, Paris, 1933.

Et Geny (B.), « La collaboration des particuliers avec l'Administration », *thèse*, Nancy, 1900, p. 35 et s.

Mais à supposer que ces difficultés théoriques ne se soient pas opposées à l'idée de collaboration et que celle-ci ait pu se faire jour dans la doctrine, elle n'aurait trouvé pratiquement aucun milieu favorable à son essor.

2° L'EXCLUSION, PAR LES FAITS,
DE L'IDÉE DE COLLABORATION DES INDIVIDUS AVEC L'ETAT

La doctrine individualiste léguée par la révolution n'admettait pas d'autre groupement que l'Etat, face aux individus. Seuls ceux-ci, en effet, sont titulaires de droits, et l'Etat, à l'origine, a été créé par le consentement de tous les individus membres de la société civile.

Pareille conception exclut évidemment toute espèce de chaînons intermédiaires entre l'Etat et les individus, et les laisse face à face en accusant leur opposition. Elle bannit l'idée même de toute vie corporative, de toute notion d'association. Le développement d'une collaboration entre une poussière d'individus et la toute-puissance de l'Etat est pratiquement impossible.

Quand l'idée de collaboration se sera fait jour, il lui faudra trouver un terrain favorable pour s'épanouir. Son extension sera fonction de la désagrégation de la conception individualiste de l'Etat ou du moins de son évolution dans un sens favorable. La création d'associations et de groupements sera l'une des manifestations les plus vigoureuses de la réalité à l'encontre de l'isolement théorique de l'individu en face

de l'Etat. Par son incorporation dans les collectivités, l'individu se trouvera en état de collaborer ; il prendra à son tour figure de puissance, acquerra par l'association une influence qui, jusqu'alors, lui était restée étrangère, et sera à même de contre-balancer l'autorité gouvernementale. Mais jusque-là, l'éloignement pratique de l'Etat et des individus devait s'ajouter à leur opposition théorique pour rendre à la fois irréalisable et inconcevable leur collaboration : les faits, comme la doctrine, en rejetaient la possibilité.

SECTION II

LA CONSECRATION PROGRESSIVE, TANT PAR LES FAITS QUE PAR LA DOCTRINE, DE L'IDEE DE COLLABORATION DES INDIVI- DUS AVEC L'ETAT.

La collaboration des individus avec l'Etat et ses dépendances s'est affirmée en dehors de tout système préconçu et toute organisation consciente, dans une forme spontanée et nécessaire, sous la poussée et l'exigence des faits. Cette évolution ne fut d'ailleurs pas sans influence sur les auteurs. C'est pourquoi, après avoir examiné la consécration de l'idée de collaboration par les faits, il faudra nous préoccuper de la place que la doctrine devait être ultérieurement amenée à lui faire.

1° LA CONSÉCRATION, PAR LES FAITS,

DE L'IDÉE DE COLLABORATION DES INDIVIDUS AVEC L'ÉTAT

L'extension des services publics, en bouleversant la physionomie de notre régime administratif, devait permettre aux possibilités de collaboration de se multiplier.

a) *L'extension des service publics.*

Au cours du XIX^e siècle, les services publics prirent une remarquable extension. Ce développement est né, pour une grande part, de la nécessité, pour les gouvernements successifs, de rallier le plus grand nombre de suffrages, en satisfaisant le plus possible de besoins collectifs, et l'on considère comme étant de plus en plus nombreux les besoins collectifs dont la satisfaction devait être assurée par l'Etat.

D'où l'extension parallèle de la notion d'utilité publique, base du service public. La notion primitive coïncidait avec les exigences de la souveraineté étatique ; une conception nouvelle va naître et s'élargir dans un double sens.

D'un côté, l'Etat considérera qu'il doit intervenir dans toutes les entreprises économiques qui, par nature, constituent au profit de leurs exploitants des monopoles de fait. Pour la première fois dans la loi du 21 avril 1810, sur le régime des mines, se fait jour l'idée que l'exploitation de certaines richesses naturelles échappe nécessairement à la libre concurrence,

parce qu'elle touche à l'intérêt général⁽³⁾. L'Etat affirmait à nouveau cette vocation dans la loi du 11 juin 1842 relative à la création des premiers chemins de fer. Sans doute, il ne s'agissait, pour l'Etat, que d'une exploitation indirecte à travers des entreprises privées, mais le principe n'en était pas moins établi par cette loi qu'un nouveau service public se trouvait créé. Une des dernières et des plus importantes manifestations de cette tendance est marquée par la loi du 16 octobre 1919 qui fait de l'exploitation de l'énergie hydraulique un service d'intérêt général⁽⁴⁾.

D'un autre côté, l'Etat s'est créé des charges de plus en plus importantes en matière sociale, et c'est tout le mouvement en faveur de la prévoyance et de l'assistance sociale qui a abouti à la loi du 5 avril 1928.

Cette extension des services publics diminue, par contre-coup l'excessive centralisation administrative héritée des constitutions révolutionnaires. La centralisation absolue de la Constitution de l'an VIII s'est trouvée successivement affaiblie, depuis la Monar-

(3) Le concessionnaire ne peut suspendre à son gré l'exploitation. Il ne peut aliéner sans autorisation. Il doit des redevances, non seulement au propriétaire de la surface, mais encore à l'Etat concédant. Il se trouve soumis à la surveillance d'un corps de fonctionnaires, les ingénieurs des mines.

La loi du 9 septembre 1919 a encore accentué l'ingérence de l'Etat en rapprochant davantage l'exploitation des mines de la concession de travaux publics : caractère temporaire de l'exploitation, existence d'un cahier des charges, participation de l'Etat aux bénéfices, etc...

Voir M. Oudédieu, « Le permis d'exploitation des mines », *Sirey*, 1932.

(4) Voir L'Huillier (J.), « Législation des forces hydrauliques », *Commentaire pratique de la loi du 16 octobre 1919 et du cahier des charges-type*, *Sirey*, 1928.

chie de juillet, par les lois de 1831, 1833, 1837, 1848, 1871, 1884, et enfin par les décrets de 1926. La décentralisation territoriale s'est accompagnée d'une autre sorte de décentralisation consistant à donner à un service particulier une autonomie juridique : c'est la décentralisation par services. Les agents supérieurs de ces services reçoivent des pouvoirs de décision tout en restant sous le contrôle de l'État.

Ainsi, d'une part, les services publics ne se bornent plus à la gestion de ce petit nombre de services qui ne sont que l'apanage de la souveraineté ; d'autre part, l'État, à raison de l'extension des services publics, s'est vu dans l'obligation de ne pas en conserver la gestion et de la répartir entre les collectivités secondaires. La physionomie du régime administratif devait s'en trouver transformée, la psychologie de l'État complètement bouleversée. Il n'est plus le maître autoritaire et absolu. La décentralisation territoriale et la déconcentration avaient mis en lumière l'idée que le pouvoir administratif n'est qu'un moyen dont la fin est constituée par l'intérêt général. L'Administration a été mise dans l'obligation de quitter les hautes sphères dans lesquelles elle s'était tenue jusqu'alors, et s'est rapprochée de l'entreprise privée. Peu à peu, par degrés insaisissables, la primitive opposition absolue entre la vie publique et la vie privée s'est amenuisée. L'administration diminua ses distances avec les administrés, et leurs contacts gagnèrent en familiarité ce que l'administration perdait en autoritarisme.

Dans ces conditions, pourquoi l'État n'associerait-

il pas. les particuliers à ses propres entreprises ? L'idée de collaboration, non seulement n'apparaît plus comme la contradiction du régime administratif, mais bien au contraire gagne des chances de s'imposer comme la conséquence d'une conception évoluée de ce même régime. Cette ambiance nouvelle, favorable à l'interpénétration de la vie publique et de la vie privée allait ouvrir à la collaboration des particuliers et de l'administration un vaste champ d'action.

b) *La multiplication des possibilités de collaboration.*

La collaboration des particuliers avec l'administration s'est dès lors affirmée sous des modalités multiples ⁽⁵⁾.

Dans certaines circonstances de la vie sociale, dont la plus remarquable est la carence momentanée de l'administration dans l'accomplissement de sa fonction par suite d'événements extraordinaires, est apparu le collaborateur bénévole, véritable fonctionnaire non investi par l'autorité publique : le fonctionnaire de fait. Le droit public a été obligé d'en reconnaître l'ingérence et l'a d'ailleurs située dans le cadre d'une théorie ⁽⁶⁾.

A côté de la collaboration individuelle bénévole, acceptée mais non sollicitée par l'administration, l'Etat

(5) L'étude des formes et modalités de la collaboration des particuliers avec l'Administration a été faite de la façon la plus complète par M. Bernard Gény, dans sa thèse, à laquelle nous ne pouvons que renvoyer.

(6) Voir G. Jèze, « Les principes du droit administratif », 1930, tome II, p. 369 et suivantes.

lui-même a délibérément fait appel au concours d'organismes privés pour la gestion de véritables services publics d'intérêt spécial et limité : Conseil national économique, Conseil du Commerce et de l'Industrie, Chambres consultatives des Arts et Manufactures, Chambres de Commerce, Colonies pénitenciaires privées, associations ou patronages pour les mineurs délinquants, écoles professionnelles d'apprentissage, sociétés de secours mutuels participant au service des Retraites ouvrières, caisses primaires privées de la loi du 5 avril 1928, associations syndicales autorisées, syndicats professionnels...

D'autre part, l'autorité administrative a admis que des initiatives privées doublent l'activité administrative par des entreprises devant, avec des moyens du droit privé, rendre les mêmes services que d'autres entreprises gérées par l'Etat. D'où une simultanéité d'institutions publiques et d'institutions privées assurant isolément, mais en collaboration forcée, la gestion des mêmes intérêts collectifs.

Avec ces trois aspects de la collaboration, M. Bernard Gény a donné des noms particulièrement bien appropriés : collaboration par ingérence, par décentralisation et par voie d'activité parallèle.

Telles sont les formes essentielles d'une collaboration qui s'est assurée dans notre droit public le domaine le plus vaste et qui ne pouvait manquer d'avoir, sur les conceptions doctrinales, une influence considérable.

2° LA CONSÉCRATION, PAR LA DOCTRINE,
DE L'IDÉE DE COLLABORATION DES INDIVIDUS AVEC L'ÉTAT

Dans cette transformation insensible de notre régime administratif, qu'est devenue la conception individualiste qui fut léguée à notre droit public par la révolution ? Cette conception, beaucoup trop théorique dans son opposition absolue de l'individu et de l'Etat, était destinée à se heurter à la réalité juridique. Celle-ci devait faire apparaître les multiples chaînons intermédiaires qui relient l'individu et l'Etat, et conduire à considérer leurs rapports sous un angle autre que celui de l'opposition. A un dualisme d'une pure logique apparente, mais de la plus grande stérilité pratique, s'est substituée, avec une valeur de principe, l'idée d'organisation dans le système de Hauriou, l'idée de solidarité dans le système de Duguit. L'un et l'autre, nous allons le voir, font à la collaboration des individus avec l'Etat la place la plus large.

a) *La théorie « institutionnelle » de Hauriou*

L'idée d'organisation s'est affirmée à la base de la conception dite « institutionnelle » qui, dans le cadre de l'individualisme classique qu'elle n'entend pas renier mais plutôt remettre en harmonie avec les faits, inspire une partie importante de la doctrine moderne, issue de la pensée du doyen Hauriou⁽⁷⁾.

Dans la doctrine institutionnelle, entre l'individu

(7) Voir Hauriou, *op cit.*, G. Renard, G. Gurvitch et Gény B., *thèse*, p. 5 et suivantes, 59 et suivantes.

et l'Etat existent des corps intermédiaires à caractère institutionnel, qui forment autant d'éléments de l'ordre social existant. D'où vient l'institution ? Comment naît-elle ? A la base de toute institution, il y a le pouvoir créateur d'un individu et ce pouvoir créateur trouve l'idée d'œuvre ou d'entreprise qui va plus tard se réaliser et durer juridiquement dans le milieu social. Ce développement exige des organes et l'intelligence créatrice de l'inventeur les lui procure. D'autres individus aident à l'épanouissement de l'idée. L'institution parvient à l'existence juridique et s'incorpore à l'ordre social antérieur. Ainsi, entre les citoyens et l'Etat se multiplient les chaînons. Les individus s'ordonnent et communient dans des institutions qui communient elles-mêmes dans d'autres institutions de plus en plus vastes, jusqu'à la plus compréhensive de toutes, l'institution suprême sur le plan national : l'Etat.

A tous les degrés de cette hiérarchie compliquée, mais dont la complexité est la représentation exacte de la réalité, il n'y a pas antagonisme brutal entre ceux qui détiennent l'autorité et ceux qui y sont soumis, mais une véritable coordination tendue vers l'épanouissement rationnel et le plus grand développement de l'institution. Quelle conception doctrinale du droit serait plus favorable au principe de collaboration à tous les étages de la vie institutionnelle, et plus spécialement, dans l'institution-Etat, à la collaboration des administrés avec l'Administration ? L'idée de collaboration s'ajuste exactement à la théorie institutionnelle.

Mais si cette théorie occupe une place de choix dans le mouvement juridique moderne, d'autres systèmes, néanmoins, se sont édifiés sur les ruines de la vieille conception individualiste. L'idée de collaboration serait-elle moins favorablement accueillie par eux et en particulier par l'un des plus remarquables, celui du doyen Duguit ? Nous allons voir qu'il n'en est rien.

b) *La théorie « solidariste » de Duguit.*

Duguit a fait à l'individu, face à l'Etat, une place des plus favorables dans le milieu social. Le doyen de Bordeaux n'a cessé d'affirmer que sa doctrine ne voulait connaître que des volontés et des activités individuelles. Toute autre volonté est du domaine de l'abstraction et de la métaphysique ⁽⁸⁾. Mais ces volontés individuelles ne sauraient rester au stade de l'isolement, et Duguit, héritier en ce sens et dans cette mesure, de Dürkheim et de l'Ecole sociologique, a montré comment les individus prenaient conscience du lien de solidarité les unissant. De même que l'institution constitue, dans la pensée d'Hauriou, la meilleure limitation du pouvoir au profit des individus, de même la conception de Duguit, à base de solidarité, assure la protection de l'initiative et de l'action individuelle. L'idée de collaboration, loin d'être exclue, ne peut qu'être encouragée et vivifiée par une pareille doctrine.

(8) Duguit, « *Traité de droit constitutionnel* », 1927, tome I, p. 150 et suivantes.

Ainsi, les deux plus puissants novateurs de l'individualisme classique ont transformé la conception révolutionnaire si hostile, à ses origines, à l'idée de collaboration, de telle manière que cette même idée s'impose aujourd'hui comme l'un des principes de base de la doctrine individualiste rénovée.

Consacrée depuis longtemps par les faits, l'idée de collaboration des individus avec l'Etat l'est donc également, et largement, aujourd'hui par la doctrine.

SECTION III

LE ROLE DE PRECURSEUR JOUE PAR L'ARTICLE 123 DANS CETTE EVOLUTION GENERALE DE NOTRE DROIT PUBLIC VERS LA COLLABORATION DES INDIVIDUS AVEC L'ETAT.

L'une des caractéristiques essentielles de l'évolution générale de notre droit public est donc sa marche vers une collaboration toujours plus intime des individus avec l'Etat. Précisément, il nous a semblé que cette idée était de l'essence même de notre institution. De par ses antécédents historiques déjà lointains, celle-ci ferait dès lors figure de précurseur.

1° L'ARTICLE 123 ET L'IDÉE DE COLLABORATION

L'idée de collaboration des individus avec l'Etat est à la base de l'article 123. Elle n'en éclaire pas

seulement la nature juridique mais en explique encore les conditions et la procédure.

a) *L'idée de collaboration éclaire la nature juridique de l'article 123.*

La doctrine et la jurisprudence les plus traditionnelles ont toujours pensé que la gestion d'affaires constituait le cadre juridique le mieux adapté à l'article 123. Le rôle du contribuable serait celui d'un « negotiorum gestor » dans le sens des articles 1372 et suivants du Code civil.

Cette assimilation peut paraître dès l'abord très séduisante à l'esprit : il y a gestion d'affaires toutes les fois qu'une personne accomplit un acte juridique dans l'intérêt d'autrui sans en avoir été chargé (9). C'est précisément ce qui arrive quand l'article 123 est appliqué. Le contribuable ressemble au gérant d'affaire, la commune correspond au maître ou géré et le tiers est celui contre lequel l'action sera dirigée.

Mais si l'on pousse un peu plus loin la comparaison, les difficultés apparaissent. Il en est de même d'ailleurs toutes les fois que l'on veut adapter un texte de droit public au cadre préexistant d'une institution de droit privé. Les obligations du gérant et du maître prévues par le Code ne correspondent pas à celles du contribuable et de la Commune. Ainsi le gérant est tenu de continuer sa gestion jusqu'à ce que l'affaire qu'il a entreprise soit consommée ; le

(9) Jurisprudence et doctrine Sanlaville, p. 130, Rolland, p. 134 et les auteurs cités.

contribuable, par contre, reste toujours libre de se désister et de retirer l'instance qu'il a engagée. De même le maître doit rembourser à son gérant toutes les dépenses utiles et nécessaires faites par ce dernier ; cette condition n'existe pas pour la Commune, bien au contraire.

Mais de plus n'importe qui n'est pas autorisé à intervenir au nom de la Commune. C'est la différence fondamentale entre le « negotiorum gestor » et notre contribuable. Le premier peut être totalement étranger à l'affaire pour laquelle il agit ; au contraire, la loi municipale exige au préalable une affinité certaine avec la Commune pour pouvoir mettre en œuvre l'article 123. La qualité de contribuable communal est en effet indispensable.

Mieux vaut donc, à notre avis, faire appel à un principe de droit public pour éclairer la nature juridique de notre institution. L'idée si simple de collaboration des particuliers avec l'administration, indépendamment de toute autre notion, suffit à caractériser l'article 123. Elle en rend compte au maximum. Notre contribuable n'est pas un gérant d'affaires, c'est un collaborateur de l'Administration municipale, qui, se trouvant suffisamment incorporé à la collectivité, peut en certaines circonstances jouer un rôle dans le fonctionnement de l'organisme auquel il appartient.

b) *L'idée de collaboration et la procédure
de l'article 123.*

Il ne suffit pas, en effet, pour exercer les actions de

la Commune, d'être un simple citoyen. La qualité de contribuable est nécessaire, rien n'explique plus simplement cette condition que l'idée de collaboration.

La loi aurait pu exiger la seule qualité d'habitant ou d'électeur puisqu'elle est suffisante pour exercer certains recours devant le Conseil d'Etat. Mais notre contribuable qui agit comme représentant de la Commune, dans l'intérêt de celle-ci, nous est apparu comme le véritable collaborateur de ceux chargés de l'Administration municipale. Il est donc nécessaire qu'il présente toutes les garanties d'attachement aux intérêts de la collectivité qu'il prétend défendre et qu'il justifie d'un lien étroit avec celle-ci. Celui de contribuable a semblé le plus fort au législateur, car, bon gré mal gré, le contribuable joue son rôle dans la gestion des affaires locales en y participant par ses ressources, et il est solidaire qu'il le veuille ou non de la mauvaise gestion des intérêts communaux comme de la prospérité de la collectivité dont il est membre.

Il est donc tout à fait normal et prudent que la loi ait exigé cette qualité de contribuable à ceux qu'elle adjoint aux responsables de l'administration locale. Les maires, adjoints, conseillers municipaux, désignés par le suffrage universel sont sensés représenter les plus capables et les meilleurs, leur nouveau collaborateur désigné par la loi doit présenter une caution. Cette caution est sa qualité.

La même idée explique également la mise en demeure du Conseil municipal. Si la collaboration, en effet, qu'apporte le contribuable est légale, elle est

pourtant imposée et subite, il ne faudrait pas que le Conseil municipal cherchât à se dérober ou à l'esquiver. La mise en demeure le lui rappellera.

L'idée de collaboration justifie enfin la nécessité de demander l'autorisation de plaider au Conseil de Préfecture ou au Conseil d'Etat. En effet, l'octroi de l'autorisation place le contribuable sous la surveillance de ces deux corps administratifs ; elle l'assimile dans une certaine mesure aux édiles municipaux dont l'activité est placée sous le contrôle de la tutelle administrative. Notre contribuable collaborateur de l'administration communale ne doit pas être moins bien traité que les conseillers municipaux. Demander l'autorisation est donc pour le contribuable un fait naturel et équitable.

Examinons maintenant la portée que confère à notre institution l'idée de collaboration dans l'évolution générale de notre droit public.

2° L'ARTICLE 123 ET L'ÉVOLUTION GÉNÉRALE DE NOTRE DROIT PUBLIC

Si l'on songe à la date de sa première apparition dans nos lois municipales, on constate que notre institution a fait, en son temps, figure de précurseur. A une époque qui se trouvait dominée par une conception du droit foncièrement hostile à toute idée de collaboration des particuliers avec l'Administration, ce texte a affirmé et organisé, dans son domaine restreint, un principe original.

Sans doute le cadre communal se prête facilement à cette collaboration qui, en fait, a toujours plus ou moins existé puisque c'est au village qu'administration et administrés sont les plus proches. Déjà, par exemple, la loi de finances de 1818, devenue l'article 42 de la loi de 1837, appelait les contribuables les plus imposés à délibérer avec le Conseil municipal dans les communes dont les revenus étaient inférieurs à 100.000 francs. Mais cette institution n'a pas porté de fruit et a été abrogée en 1882. Au contraire, la possibilité donnée aux contribuables d'exercer les actions de la commune a subsisté et se trouve, comme nous l'avons vu, à l'origine d'autres dispositions toujours en pleine activité prises dans le même but.

L'article 49 de la loi de 1837, aujourd'hui l'article 123 de la loi de 1884, a donc traduit très tôt une idée reprise et vivifiée aujourd'hui par la jurisprudence du Conseil d'Etat : à savoir la faiblesse de la tutelle administrative sur les collectivités locales, et de toute autre garantie d'ordre politique, ainsi que la nécessité d'y porter remède. Il fut l'une des premières expressions, pour une grande part inconsciente, du principe que des particuliers membres d'une collectivité se confondant plus ou moins avec le corps électoral peuvent avoir un intérêt légitime à ne pas se contenter des garanties offertes tant par les moyens politiques électoraux que par la tutelle de l'Administration supérieure. L'Administration communale repose sur un certain nombre de présomptions : présomption que le suffrage universel fait des choix

éclairés, présomption que les administrateurs choisis par lui sont doués d'une compétence suffisante et d'une vigilance sans défaut. Ces présomptions sont parfois mensongères et il est besoin d'un correctif. Ce sera, quand l'Administration communale faillit à sa tâche, la collaboration du public.

La conception suivant laquelle l'administration peut tout faire et n'a jamais besoin du concours des individus est fiction pure et fiction dangereuse. Elle aboutirait, suivant l'expression de Maurice Hauriou ⁽¹⁰⁾, à une sorte de « mandarinat administratif » et à l'évincement total des particuliers de la chose publique qui, pourtant, est faite pour eux. L'article 123 de la loi de 1884, ou plutôt l'article 49 de la loi de 1837, en reconnaissant que la gestion des intérêts collectifs appartient sans doute à l'Administration, mais aussi, d'une manière latente, à tous les citoyens membres de la collectivité, mettait en évidence la vocation virtuelle de ceux-ci à la réalisation des fins collectives, et battait en brèche le principe alors indiscuté du monopole de l'Administration en la matière.

Il est exact que ses auteurs n'ont été guidés que par des considérations essentiellement pratiques. S'ils ont organisé un fait spécial de collaboration, c'est sans apercevoir toutes les conséquences doctrinales de leur initiative, c'est sans avoir conscience de la portée de leur innovation législative. Ils pouvaient

(10) Maurice Hauriou, Note du *Sirey* dans Cass. Civile, 6 juin 1843, *Sirey*, 1895, I, 185.

difficilement prévoir l'essor du principe ainsi introduit dans notre droit public.

Mais aujourd'hui, l'idée de collaboration occupe une place de premier plan, les doctrines modernes de l'Etat l'ont introduite à la base de leurs systèmes, pendant que les exigences de la vie sociale multipliaient les faits de collaboration.

Nous mesurons dès lors l'intérêt d'une institution qui fut le premier signe d'un pareil bouleversement. Certes, elle ne présente pas l'intérêt pratique que nous avons pensé lui découvrir en l'envisageant sous l'angle de la protection du contribuable communal. Elle n'en conserve pas moins la valeur attachée à l'originalité primitive de sa conception, et n'aurait-elle servi, à une époque qui excluait de façon absolue de notre vie publique toute collaboration des particuliers avec l'Administration, qu'à persuader aux membres de la collectivité communale qu'ils ne doivent pas se désintéresser du bien commun, qu'elle mériterait déjà d'occuper une place d'honneur dans notre droit administratif.

VU :

Le Président de la Thèse :

A. GUILLOIS.

VU :

Le Doyen

de la Faculté de Droit :

PIERRE-LOUIS LUCAS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 17 Novembre 1938

Pour le Recteur, le Doyen délégué :

BUGNON.

ANNEXE

Il nous paraît intéressant, à la fin de cette étude, de relever les applications de l'article 123 faites par le Conseil de Préfecture de Dijon pendant ces dernières années.

A six reprises depuis 1919, le Conseil a dû se prononcer sur des demandes d'autorisation présentées par des contribuables communaux. Chaque fois ces derniers ont vu leurs requêtes rejetées ; un seul d'entre eux s'est pourvu devant le Conseil d'Etat qui a confirmé d'ailleurs l'arrêté de Dijon.

Ces six instances ne représentent qu'une infime partie des affaires traitées par le Conseil de Préfecture, d'autant plus que trois fois le même contribuable est venu demander la même autorisation, toujours sans succès.

Examinons donc ces différents cas :

Le 24 mars 1921, le sieur Harnot, contribuable de la commune de Bissey-le-Grand, demande au Conseil de Préfecture l'autorisation d'exercer contre le sieur B... l'action judiciaire qui appartient à la Commune et qui tend à obtenir l'annulation d'une adjudication d'un droit de chasse consenti audit sieur B... alors qu'il était adjoint au maire (art. 1592 du Code civil).

Le Conseil a estimé que la Commune n'avait aucun

intérêt à exercer cette action et a rejeté, le 9 avril 1921, la requête du sieur Harnot.

Ce dernier ne se déclara pas satisfait. Il demanda au Conseil d'Etat l'annulation de cet arrêté, mais son recours est également rejeté par un même décret du Président de la République, le 30 juin de la même année.

Le 8 juin 1928, le sieur Bourgoin, contribuable de la commune de Milly-sur-Rouvres (Côte-d'Or), se déclare gêné par des fagots de bois que le sieur S... (son voisin) dépose sur un « terrain public communal », sur lequel, de plus, ce dernier se propose de bâtir. Le sieur Bourgoin demande l'autorisation d'exercer les droits de la commune en vue de conserver ledit terrain à l'usage public.

La requête est rejetée, le Conseil estimant qu'il n'a pas été prouvé que le terrain en question soit un terrain public communal, et qu'au contraire, il semble résulter des documents qui lui ont été soumis qu'il est la propriété indivise de plusieurs habitants. La commune n'a donc aucun intérêt à faire valoir des droits sur un terrain qui ne semble pas lui appartenir (30 juillet 1928).

Le sieur Durey, contribuable de la commune d'Epoisses (Côte-d'Or), demande, le 16 mars 1932, au Conseil de Préfecture, l'autorisation d'intenter aux lieu et place de la commune une action judiciaire contre le concessionnaire de la distribution d'électricité, la lumière fournie par celui-ci étant nettement défectueuse.

La requête est rejetée, le mémoire qu'il adresse au Conseil n'étant pas suffisamment détaillé et ne permettant pas d'apprécier les chances de succès de l'instance envisagée (4 avril 1932).

Le sieur Durey revient à la charge, fournit un nouveau mémoire jugé encore insuffisant ; par un arrêté du 24 juin sa nouvelle requête est déclarée irrecevable.

Ce contribuable ne se décourage pas ; avec l'aide d'un avoué il rédige un troisième mémoire, mais le Conseil, considérant que rien ne permet de croire que la commune ait un intérêt dans l'instance, rejette sa troisième requête, le 20 juillet 1932.

Le 16 avril 1937, M. Saintlamme, entrepreneur de maçonnerie à Vermenton (Yonne), expose dans un mémoire au Conseil de Préfecture que la Municipalité de cette commune avait confié au sieur M..., maçon, le soin de construire une aire en béton. L'exécution des travaux comportait certaines conditions techniques qui, d'après le requérant, n'avaient pas été appliquées. Ce dernier, « ému par un tel état de choses, et soucieux d'un bon emploi des fonds communaux », saisit la municipalité afin qu'elle exige de M... l'exécution des travaux dans les conditions prévues. La commune refuse. Saintlamme demande l'autorisation d'exercer contre M... les droits et action de la commune.

Le Conseil de Préfecture constate que le montant des travaux à exécuter ne dépasse pas 1.500 francs ; que le Maire a donc le droit de modifier les disposi-

tions du travail en l'absence de tout cahier des charges et que, d'autre part, les travaux ont été acceptés définitivement par le Conseil municipal. L'entrepreneur est donc complètement libéré. La commune n'a plus d'action contre le sieur M... La requête de Saintlamme ne peut être reçue (11 juin 1937).

Bibliographie

- ALAUZ (Jean). — Rôle du contribuable dans la répartition des charges fiscales. *Thèse Paris*, 1933.
- ALIBERT. — Le Contrôle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, 1926.
- Archives parlementaires*, 2^e série.
- BELIN (J.). — La notion d'utilité publique en droit administratif français. *Thèse Paris*, 1933.
- BERTHÉLEMY. — Traité de droit administratif.
- CAVALIER. — La révolte du contribuable. Paris.
- COLIN et CAPITANT. — Traité élémentaire de droit civil.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel.
- GENY (Bernard) .— Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'Administration en dehors de leurs rapports contractuels. *Thèse Nancy*, 1930.
- HAURIU. — Précis de droit administratif.
- Traité de droit constitutionnel.
- JÈZE. — Les principes du droit administratif. Paris, 1930.
- LAROQUE. — Les usagers des services publics industriels en droit français. *Thèse Paris*, 1933.
- L'HUILLIER. — Législation des forces hydrauliques, 1928.
- MORGAND. — La loi municipale. Commentaire de la loi du 5 avril 1884. Edition 1923.
- NESTOR. — Le contrôle du Préfet sur l'administration communale. *Thèse Paris*, 1931.
- Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*.

Recueil des arrêtés du Conseil de Préfecture de Dijon.
Répertoire de droit administratif. LÉON BÉQUET. Tomes
V et VI.

ROLLAND. — Précis de droit administratif.

— Les procès des communes et des établissements
publics et la loi du 8 janvier 1905, dans la *Revue*
du droit public et de la science politique, avril
1905.

SAUVEL. — Le contrôle des finances municipales, dans la
Revue politique et parlementaire, 1932.

SANLAVILLE. — De la représentation juridique et de la
défense des intérêts communaux, dans la *Revue*
générale d'administration, 1902, tome III.

TROTABAS. — Précis de science et de législation finan-
cière.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
--------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

LES ORIGINES PRAGMATIQUES ET LES ANTECEDENTS HISTORIQUES DE L'INSTITUTION	9
---	---

<i>Chapitre I.</i> — Les intérêts qui s'attachent à l'exercice opportun des actions communales	11
--	----

Section I : Les intérêts particuliers de certains gros contribuables communaux	12
--	----

Section II : Les intérêts des usagers de services publics communaux concédés	14
--	----

<i>Chapitre II.</i> — Les garanties offertes par la vie juridique normale de la Commune quant à l'exercice opportun des actions communales	23
--	----

Section I : La vie normale de la Commune	24
--	----

Section II : Les garanties d'exercice opportun des actions communales offertes par la vie juridique de la Commune	29
---	----

<i>Chapitre III.</i> — La possibilité ouverte aux contribuables d'une commune d'exercer les actions communales ..	47
---	----

Section I : Les origines pragmatiques de l'art 123 de la loi du 5 avril 1884	48
--	----

Section II : Les antécédents historiques de l'art 123 de la loi du 5 avril 1884	51
---	----

DEUXIÈME PARTIE

LE FONCTIONNEMENT DE L'ARTICLE 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884	55
--	----

<i>Chapitre IV.</i> — Ses conditions	57
--	----

Section I : Il faut qu'il s'agisse d'un contribuable inscrit au rôle des contributions directes de la Commune	57
Section II : Il faut qu'il s'agisse d'une action de la Commune	62
Section III : Il faut que la Commune n'agisse pas ..	66
<i>Chapitre V.</i> — Sa procédure	73
Section I : Les formalités préalables à l'autorisation du Conseil de Préfecture	74
Section II : L'autorisation du Conseil de Préfecture	77
Section III : Les voies de recours contre la décision du Conseil de Préfecture	101
Section IV : Les formalités postérieures à l'autorisation du Conseil de Préfecture	110
<i>Chapitre VI.</i> — Ses effets	117

TROISIÈME PARTIE

LA VALEUR DE LA PROTECTION DU CONTRIBUABLE COMMUNAL PAR L'ART. 123 DE LA LOI DU 5 AVRIL 1884	123
<i>Chapitre VII.</i> — « Les insuffisances » de la protection du contribuable communal par l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884	125
Section I : Le contribuable communal ne trouve dans l'article 123 qu'une protection spéciale ..	125
Section II : Le contribuable communal ne trouve dans l'article 123 qu'une protection illusoire ...	127
<i>Chapitre VIII.</i> — Les tentatives jurisprudentielles pour pallier aux insuffisances de la protection du contribuable communal par l'art. 123 de la loi du 5 avril 1884	137
Section I : La tentative jurisprudentielle d'extension de l'art. 123	138
Section II : La tentative jurisprudentielle de dispense de l'art. 123	140
<i>Chapitre IX.</i> — La protection actuelle du contribuable communal	149

Section I : La protection jurisprudentielle du contribuable communal : le recours pour excès de pouvoir	149
Section II : La protection légale du contribuable communal : le recours ordinaire en matière de contributions directes	154
Appendice : La situation du contribuable de l'Etat .	154
CONCLUSION. — L'article 123 dans l'évolution générale de notre droit public	163
Section I : L'exclusion primitive, tant par la doctrine que par les faits, de l'idée de collaboration des individus avec l'Etat	165
Section II : La consécration progressive, tant par les faits que par la doctrine, de l'idée de collaboration des individus avec l'Etat	170
Section III : Le rôle de précurseur joué par l'article 123 dans cette évolution générale de notre droit public vers la collaboration des individus avec l'Etat	179
ANNEXE. — Arrêtés du Conseil de Préfecture de Dijon ..	187
BIBLIOGRAPHIE	191



IMPRIMERIE DE LA LIBRAIRIE GÉNÉRALE
- DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE -
- PARIS



